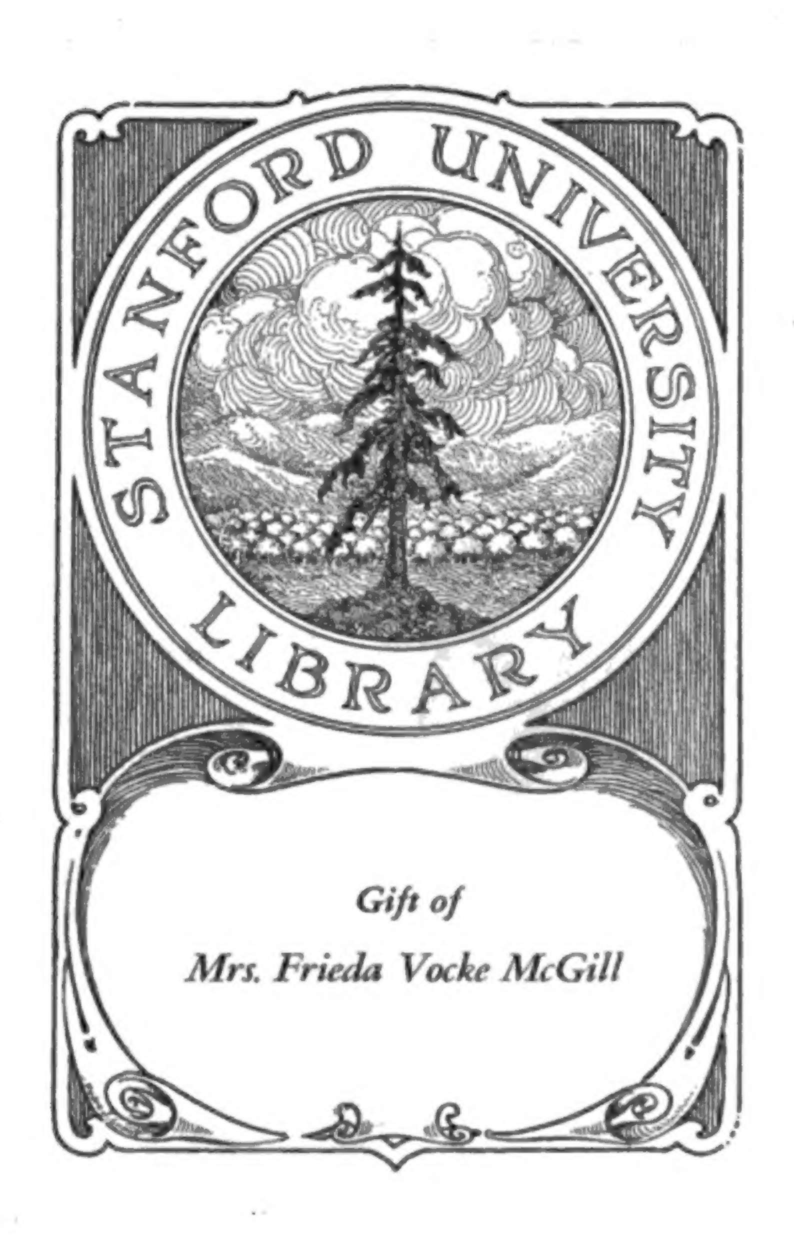
Handelsgesel... in den deutschen Stadtrechtsq... des ...

Friedrich Gustav Adolf Schmidt

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Untersuchungen

zur

Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte

herausgegeben

von

Dr. Otto Gierke,
ordentl. Professor an der Universität Breslau.

XV.

Handelsgesellschaften

in den

deutschen Stadtrechtsquellen des Mittelalters

von

Friedrich Gustav Adolf Schmidt
Dr. jur.

Breslau.
Verlag von Wilhelm Koebner.
1883.

Digitized by Google

Handelsgesellschaften

in den

deutschen Stadtrechtsquellen des Mittelalters

von

Friedrich Gustav Adolf Schmidt
Dr. jur.

Breslau.
Verlag von Wilhelm Koebner.
1883.

Digitized by Google

943
U61

696069

Digitized by Google

Inhalt.

Seite

Einleitung 1

Die offene Handelsgesellschaft.

A. Entwickelung und Verbreitung.

1. Familienrechtliche Grundlagen 3
2. Weitere Verbreitung der offenen Handelsgesellschaft 9
3. Hindernisse und Beschränkungen ihrer Entwickelung, Sinken . 27

B. Die Theorie der offenen Handelsgesellschaft in den Stadtrechten.

Vorbemerkung 35

I. Die Errichtung der offenen Handelsgesellschaft.

a) Entstehungsgründe 36
b) Zwecke und Dauer 38
c) Umfang. Societas omnium bonorum und certae pecuniae 39
d) Beginn des Gesellschaftsverhältnisses 43
e) Terminologie 44

II. Rechtsverhältnisse während der Dauer der Gesellschaft.

1. Persönliche Beziehungen der Gesellschafter zu einander . 45
2. Vermögensrechtliche Beziehungen der Gesellschafter unter einander im allgemeinen 49
3. Firma 51
4. Einlagen und Societätsfonds 53
5. Vertheilung von Gewinn und Verlust 56
6. Recht der Gesellschafter am Societätsgut 60
7. Geschäftsführung 61
8. Verpflichtung und Rechtserwerb der Gesellschaft zur gesammten Hand 66
9. Vertretung 69

III. Auflösung der offenen Handelsgesellschaft.

A. Partielle Auflösung. Aus- und Eintritt von Mitgliedern 76

B. Gänzliche Auflösung.

1. Gründe 78
2. Wirkungen gänzlicher Auflösung.

a) Sistirung der Geschäfte 82
b) Befriedigung der Gläubiger und gemeinsame Beendigung der Gesellschaftsprocesse 82
c) Eigentliche Theilung 83

Excurs. Accommenda und Stille Gesellschaft.

I. Accommenda 89

II. Stille Gesellschaft 91

Quellen- und Literaturverzeichniss 94

Digitized by Google

Einleitung.

Die Handelsgesellschaften finden sich in einer dem modernen Rechte ähnlichen Gestaltung zuerst im Mittelalter. Bei den Römern ist sowohl der Handel, als das Gesellschaftswesen und in Folge dessen auch das Institut der Handelsgesellschaften zu keiner grösseren Bedeutung gelangt. Daher ist gerade die mittelalterliche Rechtsgeschichte der Handelsgesellschaften für die gründliche Erkenntniss der modernen Handelsgesellschaften von grosser Bedeutung. Sie ist jedoch auffälliger Weise ein fast gänzlich unbearbeitetes Gebiet. In besonderem Masse gilt das von den deutschen Handelsgesellschaften. Die ausländische Rechtsgeschichte der Handelsgesellschaften hat wenigstens in einzelnen Theilen eine wissenschaftliche Untersuchung gefunden. Ueber die südfranzösisch-italienische Vorgeschichte der Commanditgesellschaft hat Goldschmidt[1]) einige Erörterungen angestellt. Lastig hat der italienischen Rechtsgeschichte der Handelsgesellschaften neuerdings seine Aufmerksamkeit zugewandt. Der Einwirkung der romanisch-kanonischen Wucherverbote auf die Gesellschaftsbildung haben Endemann und Neumann kurze Betrachtungen gewidmet. Die deutschrechtliche Entwickelung des Mittelalters haben diese Schriftsteller nur obenhin berührt. Für diese hat nur Kuntze einen umfassenderen Beitrag geliefert, indem er eine Anknüpfung unserer heutigen Handelsgesellschaften an Gedanken des deutschen Mittelalters versucht. Leider hat er dies gethan, ohne in genügender Weise quellenmässige Stützpunkte für seine Behauptungen zu suchen. Nur aus den Quellen aber kann man zu sicheren Resultaten gelangen. Aus diesen heraus ist daher die rechtsgeschichtliche Entwickelung der heutigen deutschen Handelsgesellschaften zu ergründen.

---

[1]) Genauere Titelangaben der in Betracht kommenden Schriften s. im Quellen- und Literaturverzeichniss am Schlusse der Arbeit.

Digitized by Google

Die hauptsächlichsten Handelsrechtsquellen des deutschen Mittelalters sind die deutschen Stadtrechte. Es lohnt sich daher wohl, die deutschen Stadtrechtsquellen auf ihren handelsgesellschaftlichen Inhalt zu prüfen. Es wird sich dabei ergeben, dass nur die offene Handelsgesellschaft deutschrechtlichen Ursprung hat und dass sie allein zu grösserer Entfaltung im Mittelalter gekommen ist. Die übrigen Gesellschaftsarten gehören ihrer Herkunft nach dem Auslande und, obwohl sich im Mittelalter Anknüpfungspunkte für sie finden, ihrer eigentlichen Entwickelung und heutigen Gestaltung nach ganz der Neuzeit an. Für die Darstellung der deutschen Rechtsgeschichte der Handelsgesellschaften wird es also zunächst auf eine eingehende Darlegung der offenen Handelsgesellschaft ankommen und diese soll hier versucht werden. Excursweise mögen einige Quellenstellen über die Accommenda und stille Gesellschaft folgen, um darauf hinzuweisen, dass diejenigen Rechtsbildungen, an welche die neuere Entwickelung der Commandit- und stillen Gesellschaft anknüpft, auch in Deutschland existirt haben, neue Rechtsideen aber durch das deutsche Recht in die mittelalterliche Ausbildung derselben nicht hineingetragen sind. Die Aktiengesellschaft hat im deutschen Mittelalter so wenig Anhaltspunkte, dass sie von der Darstellung ganz ausgeschlossen werden darf.[1])

Für die offene Handelsgesellschaft gilt es, die leitenden Gedanken der mittelalterlichen Rechtsentwickelung hervorzuheben und zugleich zu zeigen, in wie weit sich für die Gedanken der heutigen Gesellschaftstheorie Anhaltspunkte in den Quellen finden. Um dies jedoch in richtiger Weise zu thun, erscheint es nothwendig, zunächst auf die Entstehung und allgemeine historische Entwickelung der offenen Handelsgesellschaft einen Blick zu werfen. Kuntze und Lastig haben neuerdings darauf hingewiesen, dass Ursprung und Vorbild der offenen Handelsgesellschaft in der Familie ruhen. Diesem Gedanken wird man sich im allgemeinen anschliessen können. Da aber Kuntze denselben nicht im Zusammenhange durchgeführt, Lastig ihn nur für die italienischen Handelsgesellschaften verwerthet hat, so ist es nöthig, hier auf die familienrechtlichen Grundlagen der offenen Handelsgesellschaft näher einzugehen.

---

[1]) Vgl. darüber Gierke, Genossenschaftsrecht Bd. I. S. 965 ff.

Digitized by Google

Die offene Handelsgesellschaft.

A. Entwickelung und Verbreitung.

---

1. Familienrechtliche Grundlagen.

Waitz, Verfassungs-Gesch. I. S. 49 ff.
Gierke, Genossenschaftsrecht I. S. (17/18.) 220 ff.
Kuntze i. d. Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. VI. § 3. § 11.
Brentano, Arbeiter-Gilden Bd. I. Einl. I.
Lastig i. d. Zeitschrift für Handelsrecht Bd. XXIV.
Endemann, Stud. z. röm.-kan. Wirthschl. I. 3 § 2 sub 1.

Die Sippe, der Geschlechtsverband des germanischen Rechts, war im früheren Mittelalter eine auf enger Verbindung der Sippegenossen ruhende, festgeschlossene Körperschaft von der vielseitigsten Bedeutung. Sie pflegte in einer für die Kulturzustände deutscher Vorzeit befriedigenden Weise die Interessen ihrer Mitglieder ebenso nach der Seite privaten und socialen Wohles, wie in öffentlichrechtlicher Beziehung. Sie kam den materiellen Bedürfnissen des einzelnen zur Hülfe, indem sie ihm Unterhaltungsmittel, Unterstützung in der Noth, Schutz in Gefahr, Sühne für Verletzung gewährte, und befriedigte zugleich seine geistigen, geselligen, religiösen Interessen.

Für die Festigkeit dieses Verbandes machten sich indess nachtheilige Einflüsse geltend. Schon Herrschaftsverbände, wie die Gefolgschaft und Vassallität, wirkten zersetzend auf die Einheit der Sippe. Noch mehr aber minderte das Erstarken der Staatsgewalt, besonders im Frankenreiche, die Bedeutung der Geschlechtsgenossenschaft. Freilich genügten diese äusseren Momente allein nicht, um ihre Kraft zu brechen. Die Staatsgewalt wurde vielfach schlaff gehandhabt, und je mehr die Commendationen einen der Vollfreiheit des einzelnen widersprechenden, und damit den Einzelinteressen nicht vollkommen genügenden Charakter annahmen,

Digitized by Google

machte sich gegen diese eine Reaktion geltend, die wohl wieder an die alten Sippegrundlagen anzuknüpfen geneigt war. Die Sippe würde also an sich immer noch ein genügendes Feld der Wirksamkeit gehabt haben. Ihre Auflösung wurde aber durch innere Gründe beschleunigt. Die Einheit des Geschlechts lockerte sich durch seine grosse Ausdehnung. Die Interessen seiner Glieder erweiterten sich in unabsehbarer Weise mit fortschreitender Volksentwickelung. Die Haftungspflicht der ganzen Sippe für den Geschlechtsgenossen wurde dadurch immer lästiger, und für ihre Aufrechterhaltung fehlte es an Gründen. So verlor der Gesammtverband aller Geschlechtsgenossen Bedeutung und Festigkeit und war seinen früheren Aufgaben nicht mehr gewachsen.

Dieselben Interessen, die den einzelnen Geschlechtsgenossen von seinen Sippefreunden schieden, näherten ihn ausserhalb der Familie stehenden Personen. Das gemeinsame Bedürfniss einer nur durch die Gemeinschaft zu ermöglichenden umfassenderen Pflege dieser Interessen führte zu freier Einung, zur Gründung von Gilden. Theils und vor allem waren es Beruf und Gewerbe, theils Bedürfnisse des Schutzes und der Unterstützung, zum Theil auch gesellige und religiöse Interessen, die hier ohne Rücksicht auf Geschlechtsgenossenschaft die Mitglieder zusammenführten. Die Gilde wollte nicht nur einzelnen dieser Bedürfnisse genügen, sondern beabsichtigte neben ihrem, in der Regel gewerblichen, Hauptzweck im engen Anschluss an die Sippe und als Ersatz für diese die Förderung ihrer Mitglieder in der Totalität ihrer persönlichen Interessen und übernahm so einen bedeutenden Theil der Aufgaben der Sippe.

Der natürliche Schwerpunkt der auf Geschlechtsgemeinschaft ruhenden Personenverbindung verlegte sich mit dem Verfall der Sippe in die Hausgenossenschaft, den engeren Kreis der Familie, und dieser fielen in engerem Masse die früher von der Sippe erfüllten Aufgaben zur Last, welche die Gilde nicht übernahm. Eins unterschied vor allem Sippe und Gilde. Die Gilde liess den einzelnen in seiner vermögensrechtlichen Sphäre im allgemeinen unbeschränkt. Ihre Wirksamkeit in Bezug auf den Gewerbebetrieb bestand keineswegs in einem gemeinsamen Geschäftsbetrieb aller Genossen, sondern beschränkte sich auf die Förderung des einzelnen in seinem Gewerbe. Der Thätigkeit des einzelnen fiel also hier die Hauptaufgabe zu. Zu produktiver Veranlagung in seinem Geschäft hatte derselbe nicht einmal pecuniäre Unterstützung seitens der Gilde zu erwarten. Denn die Gesammtheit beabsichtigte nur die Verbesserung der Unterlagen für die gewerbliche Arbeit

Digitized by Google

des einzelnen durch Beschaffung von tüchtigen dienenden Kräften, Rohstoffen, Magazinen u. s. w., nicht die Leistung materieller Hilfe. Auf vermögensrechtlichem Gebiete blieb daher der Familien- und Hausgenossenschaft noch viel länger eine hervorragende Bedeutung gewahrt. Vermögensgemeinschaften finden sich zunächst nur innerhalb des Verwandtenkreises und zwar nur als Gemeinwirthschaft der engeren Hausfamilie oder im Anschluss an diese. Wenn der Vater starb und auf seine Kinder sein Gut vererbte, so blieben diese auch nach seinem Tode vereinigt, vorzugsweise um die Vortheile gemeinsamen Betriebes, die in der vermehrten Arbeits- und Vermögenskraft lagen, auszunutzen. Im allgemeinen findet sich diese „Ganerbschaft" gerade so bei Grundstücken und Häusern, wie bei gewerblichen und commerciellen Unternehmungen, die in solcher Art in der Kinder Hände übergingen; nur war im letzteren Falle noch mehr Grund vorhanden, die Gemeinschaft aufrecht zu erhalten, und der gemeinsame Geschäftsbetrieb dehnte sich daher hier oft auf die Enkel und Urenkel aus.

Seltener war es in der ältesten Zeit des Mittelalters, dass man auch durch Vertrag derartige vermögensrechtliche Gemeinschaftsverhältnisse begründete. Aber wenn es geschah, so vollzog sich auch diese Vereinigung fast ganz auf dem Boden der Familie. Nur sie bot dem einzelnen mit Gewissheit zuverlässige Gesellschafter, denen er rückhaltslos vertrauen durfte. Zugleich trat Haushaltsgemeinschaft ein.[1]) Ein treffliches Beispiel dieser auf Grundlage der Familie und in völliger Nachbildung der Geschwistergemeinschaft sich vollziehenden Gesellschaftsgründung („affratamus te") ist aus sehr früher Zeit im Regesto di Farfa No. 36 An. 754 erhalten, worauf Brunner, Registr. Farfense S. 12, aufmerksam macht: „In nomine Domini Dei Salvatoris Nostri Ihesu Christi. Regnante domno haistolfo excellentissimo rege, anno regni eius in dei nomine V, mense iulio, per indictionem VII. Ideo constat nos bonualdum et radulum germanos, considerantes parvulitatem nostram et quod minime censum vel angarias de portiuncula nostra dominis nostris persolvere valeamus, per concessum et iussionem domni fulcoaldi abbatis monasterii sanctae dei genitricis semperque virginis mariae, in cuius casale nomine fornicata videmus residere; Iterum et cum concessum domni fulculi et domni mauri, in cuius

[1]) v. Amira, Altschwed. Obl.-R. S. 675/6, erwähnt die mit Haushaltsgemeinschaft verbundene Gutsgesellschaft zwischen Eltern und Kindern und dieser nachgebildet die im jüngeren westgötischen Recht sich findende, von den Verwandten eines Unmündigen mit dessen Haushalter abgeschlossene Gutsgesellschaft, vertragsmässige Hauscommunion.

Digitized by Google

casale, id est casula, portionem nostram tenemus, te martianulum germanum matris nostrae in ipsa substantiuncula nostra affratamus, et in tertia portione te haeredem esse volumus. In ea vero ratione ut seu angarias sive census nobiscum pariter persolvere debeas, et si aliquo tempore nos dividere voluerimus, terras, vineas, olivas, cultum vel incultum, mobilia vel immobilia, tam de fornicata quam etiam de casula, omnia et ex omnibus, sicut superius diximus, velut uterinus noster nobiscum dividere debeas." Hier tritt uns eine vertragsmässige Familiengesellschaft zu landwirthschaftlichen Erwerbszwecken entgegen, hervorgegangen aus Mangel an ausreichenden Geldmitteln. Dieselbe fasst — und das ist ein wesentlicher Fortschritt auf dem Wege zur späteren Entwickelung der Gesellschaft — schon beim Abschluss des Vertrages die Möglichkeit späterer Auflösung ins Auge.

Die Anknüpfung der Gesellschaftsbildung an die Familie reichte aber dem wachsenden Bedürfnisse gegenüber nicht aus. Nachdem Handel und Industrie einen grossartigen Aufschwung zu nehmen begonnen hatten, (worauf die Gilden von wesentlichem Einflusse waren), nachdem besonders die Kreuzzüge den Gesichtskreis deutschen Handels über Deutschlands Grenzen erweitert hatten, kam auch hier das Princip freier Einung in umfassendem Masse zur Geltung. Die Verhältnisse drängten dazu nach verschiedenen Richtungen, da sich das Bedürfniss fremden Beistandes, wie ihn die Familie nicht gewähren konnte, schon früh ebenso in Betreff der Personenkräfte, wie des Kapitals geltend machte.[1])

Der Handel jener Zeit war wesentlich Eigenhandel. Der Kaufmann zog selbst in der Fremde umher, kaufte und verkaufte. Wie hätte er bei der allgemeinen Unsicherheit seine kostbaren Waaren einem Diener anvertrauen können, den er nicht für alle Eventualitäten mit Verhaltungsmassregeln ausrüsten und von dem er noch weniger erwarten konnte, dass er das Interesse seines Herrn seiner eigenen Sicherheit und Bequemlichkeit zum Opfer bringen würde! Musste er aber alle Reisen persönlich übernehmen, so konnte er nicht zugleich in der Heimath sein Geschäft leiten, und namentlich war es ihm versagt, nach verschiedenen Seiten zugleich Handel zu treiben. Durch auswärtige Handelshäuser Waaren verkaufen und andere einkaufen zu lassen, unterlag denselben Bedenken wie die Aussendung von Knechten, die kein Interesse für das Geschäft des Herrn hatten, vermehrt noch durch

[1]) Vgl. über das folgende Hüllmann, Städtewesen Bd. I. S. 193 und Pauli, Lüb. Zust. Bd. I. S. 137 ff.

Digitized by Google

die Schwierigkeit gerichtlicher Verfolgung der Bürger einer Stadt von Seiten Auswärtiger. Der Handeltreibende musste deshalb suchen, andere in sein Interesse zu ziehen, indem er ihnen Vortheil am Geschäft gewährte, und diese dann durch Aussendung nach verschiedenen Plätzen der Handelswelt für sein Geschäft zu benutzen. Er konnte jenes aber in verschiedener Weise thun. Entweder versprach er seinen Dienern, die er auf Reisen oder zum dauernden Aufenthalte in einer anderen Stadt ausschickte, einen Theil des Reingewinnes — und hier knüpft die Entstehung der Accommenda an die allgemeine Entwickelung der Handelsgesellschaft an —, oder er verband sich in einer auf Gleichberechtigung aller Mitglieder ruhenden, offenen Handelsgesellschaft mit anderen, die entweder in auswärtigen Städten wohnten und dort zum Besten der Gesellschaft handelten, oder sich zu längerem oder kürzerem Aufenthalt dahin begaben.

Dazu kam, dass in der früheren Zeit das kaufmännische Geschäft reines Baargeschäft war. Schon wegen der Schwierigkeit und Gefahr der Baargeldsendung waren Creditkäufe unthunlich. Ausserdem aber fehlte zwischen den Kaufleuten, besonders solchen, die in verschiedenen Städten wohnten, wegen der Schwierigkeit gerichtlicher Verfolgung und der Verschiedenheit des Geldes[1]) das kaufmännische Vertrauen, welches es ermöglichte, Waaren ohne Baarzahlung an einander abzugeben. Die erheblichen Kosten, Schwierigkeiten und Gefahren der Reise lohnten sich überdies nur, wenn man in grossen Quantitäten kaufte. So ergab sich häufig für den Kaufmann das Bedürfniss, grosse Summen in seinem Geschäfte zu verwenden, und auch dieses führte zu Handelsgesellschaften mit Nichtverwandten. Bei dem grossartigen Aufschwung des deutschen Handels im 13. bis 15. Jahrhundert wurde unter wachsendem Bedürfniss das Princip freier Einung auf dem Gebiete der Handelsgesellschaft bald zur Regel, und Hausgemeinschaft wurde nicht mehr damit verbunden.

Natürlich wurde die Gesellschaft zwischen Familiengliedern dadurch nicht aus dem Handel verdrängt. Wo die Verhältnisse nicht ein anderes bedingten, suchte man sich seine Handelsgenossen auch fernerhin mit Vorliebe aus dem Kreise der Verwandtschaft. So bilden Ganerbschaft und Vertragsgemeinschaft unter den Gliedern Einer Familie während des ganzen Mittelalters einen erheblichen Faktor in der Geschichte des commerciellen Gesellschaftslebens. Häufig finden sich in den Stadtrechtsquellen Beispiele

[1]) Vgl. Stobbe, Vtrgsr. S. 116.

Digitized by Google

von Gesellschaften zwischen Brüdern. Vgl. u. A. Mone, Zsch. Bd. 4, Hdls.-Gesch. d. Städte a. Bodensee No. 7, 8—11; Lappenberg, Hans. Stahlh. U. B. XI S. 7; Höhlbaum, Hans. U. B. Bd. II, 372. 541; Hannov. U. B. 360. Auch an Beispielen von Handelsgesellschaften mit anderen Verwandten fehlt es nicht. Vgl. z. B. Mone a. a. O. Bd. IV. 32; Jäger, Ulm S. 711/718 (Besserer und Vehlin). Nach dem Hans. U. B. (ed. Höhlbaum) Bd. II. No. 587 haben Florekin in Narva und „consanguinei mei dilecti videlicet Bertoldus de Corbes et Bertoldus de Ellevere" eine Gesellschaft geschlossen. Gesellschaften, an denen sowohl Verwandte als Nichtverwandte sich betheiligen, erwähnen beispielsweise Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. U. B. 89/90; Roth, Nürnb. Handel Bd. I S. 56 vc. Mendel. Im letzteren Falle haben 3 Brüder, Marquard, Conrad, Peter Mendel, eine Societät, in die 1375 Jacob Grundherr und seine Frau Agnes, geb. Mendlin, (vgl. S. 55 vc. Grundherr), 1380 Frau Ottilia, Herman Geuders Wittwe, 1383 Berthold Nüzel (dieser auf 5 Jahre) ihr Vermögen einwerfen.[1])

In der That sind gerade die grössten und berühmtesten Handelsgesellschaften des späteren Mittelalters auf dem Boden der Familie erwachsen, sie sind grosse, durch eine Reihe von Generationen hindurch fortgesetzte Ganerbschaften[2]), so besonders in Süddeutschland die Welser, später auch die Fugger in Augsburg, die Imhof, Ebner, Volkamer in Nürnberg, die Rulands in Ulm. Das enge Vertrauensband[3]), das die Gesellschafter umschlang, gab diesen Gesellschaften einen besonders festen Halt und befähigte sie zu Unternehmungen, zu welchen nur auf Vertrag beruhende Gesellschaften nicht in gleichem Masse geeignet waren. Eine Betheiligung Fremder, wenigstens eine indirekte durch Einlagen stiller Gesellschafter, liessen aber auch diese Gesellschaften meist zu. So nahm die Familie Thurzo an der Gesellschaft der Fugger Theil.[4]) Ott

[1]) In der Chronik des Carthäuserklosters, das Marquard Mendel 1381 stiftete, heisst es von diesen Gesellschaftern: „Auf denselben Tag hatten wir dannoch für unns seines (des Stifters) Guts in der Gesellschaft mit den Heussern" . . . . 1350: „Item Cunz und Peter die Mendel haben gegeben von der Gesellschaft ein weysz Tuch zu Corporalen, ist bey 9 fl. werth." Marquard M. schreibt 1384 in seinem Testament: „Auch schik ich In mein bereytschafft" (Baargeld) „die ich han bey Conraden und Peter Mendeln meinen Brüdern, in Ihrer gesellschafft — ist tzweytausend guldein."

[2]) Vgl. Falke, Gesch. des dtsch. Hdls. Bd. II S. 330 ff.

[3]) Wie stark dieses familiäre Band war, ergibt sich auch daraus, dass diese Gesellschaften das Gesellschaftsvermögen auch anderen als Erwerbszwecken widmeten. Namentlich wohlthätige Stiftungen verdanken vielfach diesen Gesellschaften ihr Entstehen. Vgl. näh. Falke, Bd. II S. 330 f.

[4]) Ersch u. Gr. Bd. 50 S. 441.

Digitized by Google

Ruland sagt in seinem Handlungsbuch S. 36 (a. 1444): „Item daz ich Ott Ruland empfangen hab von dem Walthasar Ramstainer zu Nurnberg 200 reynisch gulden, die sol ich ihm anlegen zu gwin und verlust auf sein wagnuss. Daz ist beschechen in der herbstmess im 52 jar, das hab ich im also aussgerich(t)." Die grossen Familiengesellschaften trieben Handel nach den verschiedensten Seiten zugleich. So hatten die Rulands Niederlagen in Frankfurt a. M., Augsburg, Braunau, Wien. Ott Ruland war Chef der ganzen Gesellschaft, Hans Ruland stand der Commandite in Wien vor.[1]) Die Ebner trieben im 14. Jahrhundert im Verein mit Anderen Handel nach Venedig, Ungarn und dem Rhein.[2]) Der Handel und das Wechselgeschäft der Fugger umfasste Deutschland, die Niederlande, Italien, Ungarn, Polen. In Venedig hatten sie ein eigenes Haus. Hüttenwerke hatten sie in Polen und Italien. Der grösste Theil des Bergbaubetriebs in den habsburgischen Landen lag in ihren Händen.[3])

2. Weitere Verbreitung der offenen Handelsgesellschaft.

Auf der Doppelgrundlage von Vertrag und Erbengemeinschaft ruhend, hat das deutsche Gesellschaftswesen gegen Ende des Mittelalters eine für den Handel jener Zeit geradezu weltumfassende Bedeutung erlangt. Diese verdanken die Gesellschaften nicht dem Betriebe von Platzgeschäften, obgleich derselbe oft zu handelsgesellschaftlicher Vereinigung führte, sondern dem Umstande, dass sie den auswärtigen Handel im umfassendsten Massstabe trieben, und dem kühnen Unternehmungsgeiste, von dem ihre Handelsthätigkeit getragen wurde. Je gefahrvoller eine Unternehmung war, je grössere Mittel sie zu ihrer Durchführung erforderte, je geringer daher die Concurrenz von Einzelkaufleuten sein konnte, desto grösser war der Gewinn, den die Gesellschaft durch willkürliche Bestimmung der Verkaufspreise erzielte.

In Folge der hohen Bedeutung des auswärtigen Handels entwickelten sich die Handelsgesellschaften in den nord- und süddeutschen Ländern früher und grossartiger als im mittleren Deutschland, wo erst im 15. Jahrhundert bedeutendere Gesellschaften hervortraten, wie die Societas Stanni in Meissen (vgl. Neumann,

---

[1]) Vgl. Ott Rulds. Hdlgsbch. Einleitung.

[2]) Falke, Bd. I. S. 247.

[3]) Vgl. Ersch u. Gr. Bd. 50 S. 441—3, 451. Falke, Bd. II. S. 337.

Digitized by Google

Wuchergesch. S. 461 ff.) und 3 Frankfurter Wechselbanken von 1403 (Neumann, a. a. O. Beilage E. a. S. 611).

Im Norden bot das Meer eine vorzügliche Handelsstrasse dar. Das durch die Hansa geknüpfte freundschaftliche Band der Nordstädte führte dazu, dass Bürger verschiedener Hansestädte in Geschäftsverbindung oder Handelsgesellschaften mit einander traten. Die Hansa sorgte nach Kräften für Sicherheit der deutschen Strassen und Meere, und selbst im Auslande wusste sie ihre Mitglieder durch Verträge mit den auswärtigen Mächten zu schützen. Die hansischen Comptoire in Brügge, London, Nowgorod etc. bildeten sichere Stapelplätze für den deutschen Handel nach dem Auslande.

Im Süden Deutschlands waren durch Städtebündnisse und den freundschaftlichen Verkehr der Städte ähnliche günstige Bedingungen geschaffen. Italien stand mit Süddeutschland von Alters her in einem regen, durch die Bedürfnisse beider Länder bewirkten gegenseitigen Waarenaustausch. In Venedig hatten die deutschen Kaufleute ihr eigenes Comptoir, das fonticum Theotonicorum. Ueberdies kam Italien mit seinem ausgebildeten Handel und selbst für Fremde freien Handelsinstitutionen, seinen Häfen, besonders Venedig und Genua, der Ausbildung direkter Handelsbeziehungen Süddeutschlands mit dem Orient sehr zu Statten. Diese erwähnt Boemus [1]), omnium gentium mores leges et ritus: „Hodie potentiores Suevorum fere omnes mercaturae vacant, societatem sive confoederationem unam multi ineunt ac certam pecuniae summam quisque ponit, quo non solum aromata, serica atque alias preciosas merces, quae ex transmarinis regionibus transvehuntur, emunt, sed vilia etiam ut cochlearia acus specula pupae. prae emunt etiam vina et frumenta."

Vorzüglich nach Venedig trieben deutsche Handelsgesellschaften [2]) in grosser Anzahl Geschäfte. Vgl. Stobbe i. Zschr. f. Gesch. Schles. Bd. VI. No. IX. (1393): .... wenn die 400 golden czu Venedigen .. beszalt werden, do sal Patricius u. syne Gesellschaft (i. Breslau) den .. brieff ... weder geben." Ebenda No. XXX (1408): „das er jm alle seine Schulde die der egen. Sigmund (i. Breslau) von seinen und auch Lorenz Czirkewicz wegen zu Venedien gemacht

[1]) Boemus, in Frankreich geboren, war 1515—1520 Deutschordenskaplan in Ulm. Die citirte Stelle s. b. Goldast p. 26.

[2]) Handel italischer Gesellschaften mit Deutschland findet sich ebenso. Vgl. z. B. Stobbe, Ztsch. f. Gesch. Schles. Bd. VI. No. XIV: Marco Perut und Anthonius de bona emptura zu Venedig haben in Münsterberg Geld zu fordern. Erdmannsdörffer (Commerc. int. Venet.) S. 33: Die Handelsgesellschaft des Johannes de Avanzo handelt nach Böhmen. 1308.

Digitized by Google

hat ... usrichten .... sal." Bei Mone (Zschr. Bd. IV, Städte a. Bodensee) No. 7 hat die Gesellschaft der Brüder Wirt zu Ravensburg in Venedig einen Servus zur Geschäftsführung (1390). Ib. No. 8—11 haben die Brüder Conr. und Joh. Selbach in Ravensburg ebenfalls Handelsbeziehungen zu Venedig. Dgl. No. 13 (1407) die Gesellschaft der 2 Kirchherren. Mone, Zschr. Bd. V. (Süddtsch. Hdl. m. Venedig) S. 27 enthält eine Verordnung von 1448 über den deutschen Handel in Venedig, worin es heisst: „veniunt aliqui ex Alemanea ..., faciunt se scribi ... factores societatum Alemanee." Auch Kuppener in seiner Schrift vom Wucher F. 1 von 1508 (Neumann, Wuchergesch. Beilage E.) hebt den Gesellschaftshandel Deutschlands nach Venedig hervor, und als Beispiel führt er nochmals an (Neumann S. 592, l. c. F. 1v), dass ein deutscher Gesellschafter eine in Venedig contrahirte Schuld nicht zahlt. In Pauli, Lüb. Zust. Bd. I 104 (1378) heisst es von einem Socius: „Item vendidit predictus Jordanus in Veneciis X Ghervalken." Ibid. Bd. III. U. B. 97 (v. 1482) erwähnt: „Geverde Heynecken, synen musschup unde vulleselschup, nu tor tydt to Venedig liggende." Vgl. auch Falke, Gesch. d. deutschen Handels Bd. I. 247.

Constanzer Gesellschaften treiben Handel nach Catalonien (Mone Zschr. Bd. IV, Städte am Bodensee No. 32). Der Adel hebt in einer Beschwerde über die Gesellschaften, die er 1523 an die Fürsten richtet, hervor, eine deutsche Gesellschaft habe mit dem Könige von Portugal durch Vertrag verabredet, für 600000 Gulden Pfeffer zu kaufen, falls der König ihn anderen Deutschen theurer verkaufe (Falke II. S. 339/40).

Oberdeutsche Gesellschaften (vgl. Falke, Gesch. dtsch. Hdls. Bd. I. S. 330—336) haben Faktoren in Antwerpen, Lissabon, Venedig (ebenda 336); sie handeln nach Ungarn, so Christoph Tezel in Nürnberg und Albrecht Link in Schwabach, die sich 1520 trennen, (s. Roth Nürnbg. Hdl. S. 368—71).

In den nördlichen Ländern Europas vermochten die süddeutschen Gesellschaften dagegen denen der dort überall privilegirten Hansestädte keine erfolgreiche Concurrenz zu machen. Vielmehr beschränkten sich ihre dortigen Beziehungen regelmässig auf die Waarenzufuhr an andere deutsche Städte, denen sie die Weiterbeförderung überliessen, oder sie machten es, wie eine Nürnberger Gesellschaft, die 1541 einen Socius zu dauerndem Wohnsitze nach Breslau sandte, der dann den Waarenvertrieb nach dem Norden und Osten übernahm (Falke Bd. II. S. 51). Als Ausnahmefall erscheint es daher, wenn eine Nürnberger Gesellschaft, „Georg Stromer, Hans Ortlieb und Ihre Gesellschaft", 1428 direkt nach Dänemark Handel trieb (Roth, Nürnberger Handel S. 166).

Digitized by Google

Da den süddeutschen Städten im Süden eine vor den norddeutschen so begünstigte Stellung fehlte, wie die Hanse sie gegenüber den süddeutschen im Norden hatte, so waren die Hansestädte durch die letzteren in ihrem Handel nach dem Süden nicht beschränkt. Die nordischen Handelsgesellschaften nahmen daher an dem Handel nach Venedig u. s. w. Theil.[1]) Doch hinderte die weite Entfernung der südlichen Länder diese Gesellschaften, im Süden in gleicher Anzahl und mit gleichen Unternehmungen aufzutreten, wie die süddeutschen.

Hauptsächlich war der Verkehr der norddeutschen Societäten vielmehr nach den Ländern des deutschen Ordens und Polen, dem nordischen Auslande und den Niederlanden gerichtet. So z. B. handelten Lübecker nach Reval (Lüb. U. B. Bd. I. 386, Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. No. 95), nach Bergen in Norwegen Gesellschaften von Lübeck (Lüb. U. B. Bd. I. 662, Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. 91/98) und von Deventer (Lüb. U. B. Bd. I. 744). Die Schöffen zu Deventer schreiben Ende des 13. Jahrhunderts an den Rath von Lübeck ... „quidam nostri concives, suorum atque aliorum nostrorum concivium nomine Berghen et regnum Norwegie visitantes, quedam negotia eis incumbencia vestre prefamose honestati significaverunt“ etc. 1422 betreiben den Litthauischen Handel in Kauen 6 Danziger Gesellschaften und der Faktor Eines einzelnen Kaufmanns (vgl. Hirsch, Danz. S. 228). Nach Polen treiben Danziger in Handelsgesellschaft (Hirsch S. 183), auch Bürger von Breslau, das durch seine Theilnahme am Hansabunde ganz in den Kreis der norddeutschen Städte gezogen war, Geschäfte, so nach Krakau (Stobbe, Schles. Zsch. Bd. VI, No. 34) und Warschau (ib. No. 25). Kuppener F. 1 (s. Neumann, Wuchergesch. Blge. E.) hebt den Gesellschaftshandel nach Russland und Preussen hervor. Nach Flandern handelt u. A. eine Lübecker Gesellschaft a. 1311 (Pauli, Lüb. Zust. Bd. I, No. 102 i.) Umgekehrt übernimmt eine Dortrechter Gesellschaft eine Zahlungsvermittelung nach Breslau. Natürlich trieben auch innerhalb Deutschlands norddeutsche Gesellschaften Handel, so Lübecker nach Nürnberg (Lüb. Zust. Bd. I. 104 [1378]), nach Cöln (ib. I. 102 i.), nach Frankfurt und Erfurt (ib. I. 103 B.).

Die Art und Weise, wie sich dabei im einzelnen der Geschäftsbetrieb der Gesellschaften gestaltete, war eine sehr verschiedene. Bald gingen alle Gesellschafter auf Reisen und zwar gewöhnlich getrennt von einander, um, jeder an seinem Theile, an verschie-

[1]) Vgl. Stobbe, Zsch. schles. Gesch. Bd. VI No. XXX, dgl. Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. 97 des U. Bs. u. ibid. Bd. I. U. B. Nr. 104 „vendidit in Veneciis X. Ghervalken.“

Digitized by Google

denen Orten die Interessen der Gesellschaft zu vertreten, z. B. die 3 Gebrüder Herman, Detmar und Albert Klipping, die 1320 Wolle und Felle nach Brabant, Flandern und Artois geladen haben, deren Waaren aber wegen Verletzung des königlichen Wollenstapels auf Befehl Eduards von England arrestirt werden (Höhlbaum, Hans. U.B. Bd. II. 372). Bald übernimmt nur einer der Socii, indem er Geschäftsreisen unternimmt, die Besorgung der auswärtigen Geschäfte, während der andere zur Wahrnehmung des Platzgeschäftes in der Heimath bleibt (s. Höhlb., Hans. U. B. Bd. II. 587 a. 1336). Häufig auch erfordert die umfassendere commercielle Ausbeutung einer Gegend durch die Gesellschaft stetig die Anwesenheit eines Gesellschafters. Dann siedelt einer der Socii in jene Gegend zum dauernden Geschäftsbetriebe im Interesse des heimischen Hauptgeschäfts über. Er berichtet über Preiswechsel und Bedarf im Auslande an die heimathliche Handlung, befördert Waaren, die er von dieser erhalten, in der Fremde zum Verkauf und versieht das Heimathsgeschäft mit den Waaren des Auslandes.

Noch vollständiger sehen wir den Zweck eines auf die Bedürfnisse zweier Länder gegründeten Waarenaustausches erreicht, wenn der Kaufmann mit Bürgern anderer Städte eine Handelsgesellschaft schliesst. Jeder der Betheiligten hatte hier einen sicheren Geschäftsblick für die Verhältnisse seiner Heimath, und nahm als Bürger Theil an den Vorrechten, die seine Stadt im Handel mit bestimmten Gegenden genoss. Die Gesellschaft wurde so beider Vorzüge theilhaftig. So schlossen Bürger von Danzig Handelsgesellschaften mit denen rheinischer und westphälischer Städte, besonders Dortmund, Soest, Cöln und Lüneburg (vgl. Neumann, Wuchergesch. S. 460) oder mit Bürgern von Brügge, Lübeck, Riga, Reval (Hirsch, Danzig S. 229), oder mit Litthauern (Hirsch S. 285/6) etc. (vgl. Neumann S. 459/60), und um den für die Preussischen Städte bestehenden Handelsbeschränkungen in Polen zu entgehen, traten Danziger mit Bürgern bevorzugter Städte, wie Thorn, Krakau oder Breslau in Handelsgenossenschaft (Hirsch S. 183). Lübecker stehen in Handelsgemeinschaft mit Einwohnern von Deventer (Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. U. B. 94 a. 1472), von Münster (ebenda 95 a. 1476), von Riga (Hirsch S. 225/6 a. 1458) oder von Reval; so referirt Michelsen (a. a. O. 248 [a. 1504] Anm. auf S. 328): „Hans Rock makede mit Euerds Bur in Lubeke eine selschop tüschen Lubeke vnde Reval, also dat Hans Rock sal gelden twe penninghe vnde Euerdt Bur sal gelden den dörden penninck to wynnende vnd to vorleszende, to water vnde to lande, so

Digitized by Google

kopmanrecht is." Ulmer (vgl. Jäger S. 673) verbinden sich mit Bürgern von Regensburg, Augsburg, Frankfurt, Nördlingen, Kempten, Constanz, Basel, Biberach, Reutlingen, Memmingen, Dinkelsbühl, Rotenburg a. T. etc.

Auch Gesellschaften zwischen Bürgern mehrerer Städte finden sich vielfach, wie zwischen Brügge, Lübeck, Danzig 1443 (Hirsch, Danz. S. 229), zwischen Memmingen, Augsburg, Ulm (s. Jäger S. 673), zwischen Lübeck, Reval und dem Sunde (Stralsund) (Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. 90 a. 1441), zwischen Lübeck, Braunschweig und Goslar (Pauli Bd. I. No. 104).

Durch ihren auswärtigen Handel erwarben sich die Handelsgesellschaften sehr bedeutende Reichthümer, die süddeutschen jedoch in viel höherem Masse als die norddeutschen. Im Norden bewegte sich der Verkehr zwischen Ländern von wesentlich gleichen Natur- und Culturzuständen mit meist germanischer Bevölkerung. Die süddeutschen Gesellschaften vermittelten dagegen den Waarenaustausch mit den Ländern des Südens und Orients, die nach Lage und Naturerzeugnissen, Volkscharakter, Cultur und geschichtlicher Entwickelung von Deutschland vollkommen verschieden waren, und indem sie so die Bedürfnisse des Nordens durch die Produkte des Südens, die des Südens durch die Erzeugnisse des Nordens zu befriedigen suchten, eröffnete sich ihnen ein bei weitem grossartigeres Feld der Thätigkeit, als die norddeutschen Gesellschaften es hatten. Die Geldmacht der süddeutschen Handelsgesellschaften stieg dadurch so, dass sie schliesslich den Handel zu ihrem Monopol zu machen strebten. Der jährliche Gewinn dieser Gesellschaften belief sich nach der Beschwerde des Adels von 1523 (vgl. Falke II, S. 339/40) auf 40—80 Procent des Capitals. Aus der Ambrosi-Hochstetterschen Gesellschaft zu Augsburg verlangt ein Theilhaber statt eingelegter 900 Gulden nach 6 Jahren 33000 Gulden (Gierke Bd. I. S. 1001). Der Reichthum der nord- und süddeutschen Handelsgesellschaften hatte eine bedeutende Hebung ihres kaufmännischen Credits zur Folge. Wie gross dieser auch im Auslande war, beweist der umfassende Missbrauch, der zu Folge einer Bestimmung für das Fonticum Theotonicorum zu Venedig damit getrieben wurde. Diese stammt vom 7. März 1448 und lautet (vgl. Mone Zeitschr. Bd. V): „Cum in fontico nostro Theotonicorum observetur certus modus valde damnosus civibus et mercatoribus nostris, quia veniunt aliqui ex Alemanea et quando applicant Venetiis, faciunt se scribi ad officium fontici factores societatum Alemanee, que sunt divites et potentes, et cum illo creditu emunt ad terminum, quot mercaciones volunt, et cum illis vadunt in Ale-

Digitized by Google

mancam et faciunt facta sua, et advenientibus terminis isti tales non repperiuntur, cum fugam arripiant; ex quo nostri mercatores requirunt per suas litteras illos societatum predictarum, pro nominibus quorum sunt empte dicte mercaciones, qui se excusant, nihil scire de hoc, et quod ille, qui eas emit, non est eorum factor. de qua re multi nostri mercatores remanserunt delusi et cum maximo damno suo, et necessarium sit, huic inconvenientie providere: — vadit pars, quod quotiescunque aliquis venerit Venetias nomine alicuius societatis Alemanee, non possit ad officium fontici ullo modo notari, neque si notaretur acceptari pro factore aut nuncio alicuius societatis Alemanee, nisi venerit cum legitimis procuris et instrumentis societatum', de quibus se dicant esse nuntios aut factores. et sic servari debeat singula vice, qua venient et revertentur Venetias nuncii aut procuratores predicti. nec aliter aut alio modo servari possit sub pena cuilibet contrafacienti de ducatis ducentis et privationis omnium officiorum et beneficiorum nostrorum per quinquennium et hoc inquirenda efficaciter committantur nostris advocatoribus comunis et notari debeat ad dictum officium fontici forma procurationum et instrumentorum predictorum pro informatione omnium, sicut fit ad alia officia nostra Veneta."

Der Kreis der Unternehmungen, die den Zweck gesellschaftlicher Vereinigung bilden, ist ein unbegrenzter. Dennoch lohnt es sich wohl, zur Charakteristik der Handelsgesellschaften einzelne ihrer Hauptunternehmungen zusammenzustellen. Sehr oft finden sich Gesellschaften, die Gewandhandel treiben. Vgl. bei Stobbe, Breslauer Sign. Bchr. XXXV (a. 1409) „An verlornem gewande"; bei Pauli, Lüb. Zust. Bd. I. U. B. 102 h. (a. 1311) „pannos in domo pannorum incidens." Nach Hirsch, Danzigs Hdls.- u. Gwbs.-Gesch. S. 183 hat Cuncze Schwabe der alte in Danzig Gesellschaft mit Cuncze Sicz in Thorn, dem er Tuch schickt. (Anfg. des 15. Jhs.) Desgl. der Krakauer Hirszberg und Wrige in Danzig handeln 1441 mit Laken etc. Nach Jäger, Ulms Vfss., bgl. und commerc. Leben, sind 1488 der Vehlinschen Handelsgesellschaft in Memmingen 2 Ballen Gewand weggenommen (S. 711). Bei derselben Gesellschaft wird a. 1494 Sammet bestellt (S. 718). Auch J. Besserer in Ulm ist mit Memmingern in Handelsgesellschaft auf rothen und grünen Sammet (S. 674). 1505 wird in Ulm den Augsburger Welsern der Handel mit wollenen und seidenen Zeugen, Barchent, Wolle und „gölsch" (Cölnisches Zeug) erlaubt (ib. S. 676). Bei Boemus, Mor. leg. et ritus omnium gent. (Goldast S. 26) heisst es: „Confoederationem .... ineunt, qua ..... serica" (Seidenstoffe) ... „emunt." 1296 ist in England (London) die erste eigentliche

Werkstatt von feineren Tüchern angelegt worden von einer Gesellschaft von Grosshändlern, die sich „Avanturers“ nannten (Hüllmann St. Bd. I S. 239). Bei Michelsen, Oberhof No. 248, finden sich Streitigkeiten zweier Gesellschafter aus Lübeck und Reval von 1504 „vmme 826 Mk. X schillg. VIII Pf. lüb.“, wofür der andere Laken soll empfangen haben, „vmme 2000 Mk. für Laken zolle durer vorkofft“, und um einen im J. 1498 über „XIV tarlinge lakene“ geschriebenen Brief. Friedrich v. Hattstadt (Roth, Nürnbg. Handel Bd. I S. 162) hat 1423 „Georgen Stromer und Hannsen Ortlieb und Ihrer Gesellschaft 2 Pallen Tuch auf der Strassen genommen.“ Bei Höhlbaum, Hansisches U. B. Bd. II. 372, findet sich ein Arrestbefehl auf Wolle und Felle einer Gesellschaft v. J. 1320. Eine Urkunde bei Pauli, Lüb. Zustd. I. 103 B., a. 1366 sagt: „Preterea memorati dominus Bernhardus Pepersack et Henr. Coc. habent simul in Lubeke XIII ballas sardoci“ (Sartuch, Wollenzeug) „que constabant XVI° et LVI aureos“. Bei Erdmannsdörffer, Commerc. int. Venet. et German. S. 33 heisst es a. 1308: „Johannes suo et societatis sue nomine ...... ad partes regni vestri Boemie quendam faldonum“ (wollenes Gewand) „magni valoris dudum misisset....“

Aehnlich handeln Gesellschaften mit Fellen und Pelzwerk. Vgl. darüber Hirsch, Danzig S. 183; dgl. Hansisches Urk.-Buch ed. Höhlb. Bd. II 372 (s. diese Seite oben). Eine Genueser Handelsgesellschaft (Hirsch a. a. O. S. 277) hat 1439 in Deutschland „... gheladen in enen schiphern genomt hinrik westphael von der henze.... veudusend werx (Pelzwerk), tyen hondert Rucge holdende vnd zeuen peltze van Grawerx sterten van stucken ghemaket“.

Auch Wein-Gesellschaftshandel war sehr beliebt. So sagt eine Cölner Rathsverordnung b. Ennen u. Eck., Quell. z. Gesch. Cölns, Bd. I. 130/1 u. 43: „eynich Burger geselschaft hette mit eyme Gaste, de suelen yre wijne deilen upme Ryne“. Bei Lörsch, Aachener Rsdkmlr. II. 5 wird verabredet: „Vort so in sal dit gelt nirgen aingelait werden, dan ain wijn in unser geselschaff.“ Nach dem Urk. B. d. St. Lüb. Bd. I. 662, haben sich 2 Lübecker Bürger Arnold und Reinward beim Könige von Norwegen beschwert, dass vor 2 Jahren der Rath zu Bergen 10 Dolea vini für 120 Mark von ihnen gekauft und erst einen Theil bezahlt habe. Der König befiehlt, den beiden oder ihrem Procurator zu zahlen. Auch Boemus (Goldast S. 26) erwähnt den Gesellschaftshandel mit Wein: „Confoederationem ... ineunt .... praeemunt etiam vina“ etc. Bei Lappenberg, Hansischer Stahlhof zu London S. 7. No. IX gebietet i. J. 1205 König Johann dem Sheriff von Norfolk, 2 Cölner Kaufleuten Er-

Digitized by Google

satz für 2 zu seiner Hofhaltung genommene Fässer Wein zu leisten: „Rex etc. Vicecomiti Norfolcie etc. Fac habere Theobaldo de Colonia et Henriko mercatori, socio suo, XX marcas de firma tua pro duobus doliis vini captis ab eis ad opus nostrum, et computabitur tibi ad scaccarium. Teste G. filio Petri, apud Londinum XIII. die Aprilis per Reginaldum de Cornhellis."

Von Societätshandel mit Vieh spricht Rauch, Rer. Austr. Script. IX. 1350 Wien. Art. 1 Alin. 6: „ygliche gesellschaft nicht mer viechs ... gen wien treiben, dan ...." In Ungarn kaufen süddeutsche Gesellschaften Rindviehheerden zum Verkauf in Wien (Falke, Gesch. d. Dtsch. Handels Bd. I. 128). Bei Pauli Lüb. Zust. Bd. I. heisst es U. B. 102 n: „porcos tradiderunt. Quicquid de ipsis porcis vendendis provenit medietas ... et medietas .... pertinebit."

Fischhandel durch Gesellschaften erwähnt Rauch, Rer. Austr. Script. IX. 1350 Wien. Art. 1. Alin. 3: „.. nur ir zwen ymer ein gesellschaft ... auch nymmer mer als ainen wagen mit hawsen oder mit Schubvischen" (Schuppenfischen) „haben bestellen und chauffen." (Dgl. s. Art. 3.) Ebenso Lüb. U. B. IV. 308: „Item Radekinus Schiphorst habet ex parte illorum" (der Gesellschafter) „VI lastas allecium" (Caviar) „et I lagenam. Item Arnoldus Schoneweder tenetur I lastam allecium." Nach Klöden (Beiträge z. Gesch. des Oderhandels VIIItes Stück. Stettin S. 41) trat zum Heringsfang die Handelsgesellschaft der Draker (auf Drake hatte sie ihre Vitten) zusammen, später zum selben Zwecke die Falsterboder Compagnie, 1452 die Elbogner, und endlich die Uhstedter Compagnie, alle 3 so nach dem Orte ihrer Vitten genannt. Es waren dies wirkliche grosse Erwerbsgesellschaften, die aber vielleicht mehr die Organisation einer Gilde als einer offenen Handelsgesellschaft hatten.[1])

Auch zum Betriebe des Bergbaues traten oft Gesellschaften zusammen.[2]) Ebenso wurden gesellschaftlich betrieben Hüttenwerke[3]) und Handel mit Metallen.[4])

Erbauung von Häusern (so Stralsunder Stdtbch. I. 6 u. III. 195),

---

[1]) Fischereigesellschaften im schwedischen Recht s. b. Amira, Altschwed. Obl.-R. S. 677 No. 6. u. 7.

[2]) Vgl. Falke, Gesch. d. deutsch. Hdls. Bd. II. S. 330 ff. (335). Die Fuggergesellschaft hatte Bergwerke u. A. im Innthal, in Kärnthen und Ungarn, s. Ersch u. Gr., Bd. 50 S. 441. 451.

[3]) Falke, Bd. I. S. 129. Eine Glashütte s. b. Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. U. B. 88: „ein deel der bate der glasehutten in der Smalenvelder Owe."

[4]) Falke, Bd. II. S. 337/8 u. bei Neumann, Gesch. des Wuchers S. 461/2, die durch grosses Capital und Ansehen der Mitglieder ausgezeichnete „Gesellschafft des zcynnhandels" („societas stanni") in Meissen.

Digitized by Google

sowie Ankauf und gewinnbringende Veranlagung von Häusern kommt mehrfach als Zweck von Erwerbsgesellschaften vor. So findet sich das Haus des Sir Richard Lyon, eines der Hauptgebäude des späteren hansischen Stahlhofs zu London, der durch Vermiethung als trefflicher kaufmännischer Lagerplatz jährlich 8 Mark einbrachte und auffallend rasch seine Eigenthümer wechselte, wiederholt in der Hand von Gesellschaften. 1382 geht er an den Londoner Weinhändler W. More, Paul Gysors und 2 Caplane über. Der 1383 Eigenthümer gewordene J. Sliegh überträgt ihn 1394 an den Londoner Gewürzkrämer W. Parker, J. Rumsey und J. West, der letztere ihn 1407 an 5 andere. Einer von ihnen, der unterdess Eigenthümer geworden, verkauft ihn 1409 an 4 andere, von denen einer schon nach 1 Monat ausscheidet (vgl. Lappenberg, Hans. Stahlhof S. 59 ff.). Ebenso sehen wir (vgl. ebenda S. 168/9) den 1475 an die deutschen Kaufleute übergehenden Stahlhof zu Lynn in der Grafschaft Norfolk als einen rentablen Handelsplatz nach einander in schnellem Wechsel in die Hände verschiedener Gesellschaften übergehen. 1419 wird er veräussert an eine grosse „Maskopei zum Theil nicht in Lynn lebender Personen, ein Umstand, welcher auf einen bedeutenden Umfang und Werth des fraglichen Grundstückes möchte folgern lassen“ (so Lappenberg). Diese entsetzt eine andere Gesellschaft von 5 Personen, an die der Hof unrechtmässig veräussert war, des Besitzes. Schon 1420 aber geht das Haus an eine andere Maskopei von 10 Personen über.

Früh erscheinen Gesellschaften zu gemeinsamem Mühlenbetriebe, namentlich auch Ganerbschaften, z. B. in Calenberger Urkunden (Ndr.-Sachsen Bd. 4) No. 72 (a. 1291), 200 (v. 1316), 275 (1329), 286 (1330); Göttinger U. B. (Nieder-Sachs. Bd. 6) No. 15; Hannoversches U. B. 360 (v. 1357): „We Henric, Echerd, Dyderic, Corde unde Johan brodere gheheten Heimeken bekennet unde betughet ...., dat we de molen, de de Hofmolen gheheten is under Lowenrode ... mit alleme rechte unde nud hebbet ghelaten unde vorcoft dem rade to Honovere ....“ Vgl. ein Goslarer Erkenntniss bei Bruns S. 185 No. 16.

Auch Getreidehandel wird von Handelsgesellschaften getrieben; so vgl. Pauli, Lüb. Zust. Bd. I. U. B. 103 B. (a. 1366: „Item XVI mensuras tritici“); Boemus mor. (Goldast S. 26: „emunt frumenta“); Höhlbaum Hans. U. B. Bd. II. 587 (a. 1336: „12 lastas siliginis [Weizen] commiserunt“).

Sehr verbreitet war ferner der Gesellschaftshandel mit Gewürzen. So sendet (Hirsch. S. 183) im Anfang des 15. Jahrhunderts Cuncze Sicz in Thorn Gewürze an seinen Handelsgesellen Cuncze

Digitized by Google

Schwabe in Danzig. Namentlich ist dies aber ein von den süddeutschen Gesellschaften gepflegtes Handelsfeld, so nach der eben erwähnten Stelle von Boemus mor. (Goldast S. 26: „aromata, quae ex transmarinis regionibus transvehuntur"). Bei Jäger, Ulm S. 673 ff., handelt 1504 Anton Welser mit Gewürz, Safran, Wachs u. s. w. nach Ulm. Vgl. auch Falke, II. S. 51 (Scheurl, Behaim, Geisler in Nürnberg). Gesellschaftshandel mit Safran findet sich bei Pauli, Lüb. Zust. Bd. I. U. B. 103 B. (a. 1366: „Item habent C et XXIV talenta croci, quae constabant III c. et XII aureos"), mit Honig bei Pauli ebenda Bd. III. U. B. 90 a. 1441 („hönych sal besorgen"), mit Thran, Talg, Knochen, Flachs (Michelsen Obhof. 248 unter einer Reihe von Streitgegenständen). Handel mit Asche, wohl den von Du Cange erwähnten „cineres clavati", die aus Weinhefe gemacht und zur Tuchfärbung benutzt wurden, findet sich Lüb. U. B. Bd. I. 497 (v. 1286): „Quedam Kogga ante portum nostrum" (v. Wisby) „circa meridiem velificavit, in qua cives Rigenses, videlicet Gerlagus rese et Johannes Winman habuerunt cineres", indem sie sich der gesetzlichen Declaration entzogen. 1458 sendet Peter Man in Riga seinem Handelsgenossen Hs. v. Pelle in Lübeck Asche und Wachs mit der Bemerkung: „De assche ys gemerket myt jw merken vnde das was ys merket myt mynem merken" (Hirsch Danz. S. 225/6). Wachs findet sich noch mehrfach im Gesellschaftshandel, so Lüb. U. B. Bd. IV. No. 308 (a. 1376: „Item Marke Nonkrilowe tenetur II m. cere"); Höhlbaum, Hans. U. B. II. 541 (Wachs, das 2 Brüdern gehört, wird angehalten); Michelsen, Obhof. 248. Boemus mor. (Goldast S. 26) erwähnt als Gegenstände handelsgesellschaftlicher Vereinigung Löffel, Nadeln, Spiegel, Puppen etc. Auch mit Salz, das namentlich aus der südfranzösischen Baie als Baiensalz exportirt wurde, wird von Gesellschaften gehandelt.

Schiffsgesellschaften kommen in den Stadtrechten sehr oft vor. Der Umstand, dass die Kosten des Schiffsbaues bedeutend waren, begünstigte hier die Gesellschaftsbildung. Vgl. über Schiffsgesellschaften u. a. Hamburger Stadtrecht v. 1270 XIII. 24/25; Stat. Brem. b. Ölrichs S. 299/300; Stat. Rigens. (Ölrichs Rig. R.) XI 10/11; Lappenberg, Hans. Stahlh. Stat. U. B. No. 106 LVIII; Hanserecess v. 1434 III b. Pardessus, Collection Bd. II S. 472; Hirsch, Danzig S. 266; als Beispiele s. Lappenberg, Hans. Stahlh. U. B. No. XI, Stralsd. Stdtb. IV 169. Vgl. auch v. Amira, Altschwed. Obl.-R. S. 678 No. 9.

Über Wechslergesellschaften vgl. Hüllmann, Städtewesen Bd. I S. 442 ff.; Neumann Wuchergesch. S. 380 ff. In Lübeck waren sie häufig, s. Pauli, Lüb. Z. Bd. III. 35 ff. sub 8. In Süddeutschland ragte

Digitized by Google

das Wechselgeschäft der Fuggergesellschaft hervor. Vgl. Ersch u. Gr. Enc. I Bd. 50 S. 451.

An dem ausgedehnten Gesellschaftshandel nahmen zunächst die Grosskaufleute Theil, die hauptsächlich auswärtigen Handel trieben. Doch da die Theilnahme an der Gesellschaft nicht unbedingt Selbstthätigkeit erforderte, so finden sich auch vielfach Nichtkaufleute, vor allem in stiller Betheiligung, aber auch als offene Gesellschafter in Handelsgesellschaften, so mehrfach Geistliche (vgl. z. B. oben S. 18). Später scheuten sich selbst die Fürsten nicht, auf diese Weise Reichthümer zu erwerben. Als der Adel sich 1525 über die Handelsgesellschaften bei den Fürsten beschwert, fordert er, die Fürsten sollten, unangesehen dass die Gesellschaften ihnen Geld liehen etc. und „von etlichen anderen Geld zu Gewinn und Verlust in ihre Gesellschaft nehmen, ohne weiteren Verzug ein christliches Einsehen thun.“ (Vgl. Falke, Hdls.-Gesch. Bd. II. S. 340). In der Meissener Zinnhandels-Gesellschaft (Neumann, Wuchergesch. S. 461/2) ist auch der Professor Kuppener in Leipzig 1497 mit einer Einlage von 2000 Gulden betheiligt und erhält 1499 eine Gewinnrate. Nach Boemus, mor. leg. (Goldast S. 26), sind in Schwaben „potentiores omnes“ an Handelsgesellschaften betheiligt.

Aber obwohl alle Bevölkerungsschichten an den Handelsgesellschaften Antheil hatten, waren die Zwecke, welche dieselben verfolgten, doch von denen aller anderen Stände sehr verschieden. Namentlich deckte sich in der späteren Zeit der Entwickelung, im 15. Jahrhundert, das Interesse der Handelsgesellschaften bei dem Druck, den sie mit ihren Reichthümern auf den Kleinhandel ausübten, keineswegs mehr mit den allgemeinen Handelsinteressen. Deshalb wollten die Kaiser am Ende des Mittelalters sie als eigenen Stand im Reich betrachten (s. Jäger, Ulm S. 676). Maximilian I. forderte auf dem Reichstage von Constanz 1507 von den Gesellschaften zu Ulm, Augsburg, Memmingen und Ravensburg ein Anlehn. Als Grund führte er an, dass sie in den Städten nicht genug besteuert würden. Diese wehrten sich dagegen, indem sie eine Deputation süddeutscher Städte an den Hof durchzusetzen wussten.

Auf die Ausbildung der süddeutschen Gesellschaften ist das Vorbild der grossen italienischen Handelsgesellschaften jedenfalls nicht ohne Einfluss geblieben. Die italienische Entwickelung der Handelsgesellschaften im Mittelalter ist eine der deutschen ganz analoge. Germanische Ideen haben auch hier, wenigstens in Norditalien, die Societätsbildung geleitet. In der ältesten Zeit vollzieht

Digitized by Google

diese sich auch hier innerhalb der Familie (vgl. Lastig, Zeitsch. f. Hdls.-R. Bd. XXIV S. 407 C. β.). Die societas duorum fratrum spielt in der italienischen Doctrin eine grosse Rolle. Viele eigene Tractate sind darüber verfasst, wie von Franciscus de Porcellinis Patobini: „de duobus fratribus", Petrus de Perusio (vgl. Endemann, Studien Aufsatz 3, § 2, 1), Bartolus, Baldus, Petrus de Ancho u. s. w. (vgl. Zobel, Sachsenspiegelglosse ad I. 12). Die Statuta populi Florentini von 1321 IV. Lib. 2 nennen z. B. „fratres communiter viventes et eandem mercantiam et artem exercentes" (Lastig a. a. O.). Der älteste Wechsel ist 1207 von Simon Rubens in Genua auf seinen Bruder Wilhelmus in Palermo trassirt (Kuntze, Zsch. f. H.-R. Bd. VI. S. 185). Grosse auf Familienverbindung gegründete Geschäftshäuser finden sich häufig, so die Bardi, Borromei, Medici, Portinari etc. (vgl. Kuntze ibid.). In Nachbildung der Familiengesellschaften hat aber in Italien auch die freie Gesellschaftsbildung eine grossartige Entwickelung erfahren. Namentlich kam das Institut des Wechsels in ganz Europa in die Hand italienischer Gesellschaften (Hüllmann, Städtewesen Bd. I. S. 442 ff.).

3. Hindernisse und Beschränkungen ihrer Entwickelung, Sinken.

Die Hindernisse, die sich der Entwickelung des mittelalterlichen Handels im allgemeinen in den Weg legten, wirkten auch auf die Machtentfaltung der Handelsgesellschaften störend ein. Die letzteren waren aber durch ihre grossen Reichthümer mehr als andere Kaufleute befähigt, ihnen zugefügte Verluste und sonstige widrige Verhältnisse zu überwinden.

Die Gesellschaften hatten zunächst unter dem mittelalterlichen Fehde- und Raubritterwesen zu leiden. Der Vehlinschen Gesellschaft wurden nach einer Urkunde von 1488 2 Ballen Gewand weggenommen, weil man Kölner Gut darunter vermuthete (Jäger, Ulm, S. 711). Im Lüb. U. B. Bd. I. 758 schreibt Greifswald an Lübeck in der 2. Hälfte des 13. Jahrhunderts: „Quidam nostrorum Burgensium nuper in Marchiam equitavit sub ducatu, remittens suum famulum et socium, qui cum argento in dimin" (Demmin) „detentus est." Bei Roth, Nürnbg. Handel Bd. I. S. 162 hat 1423 Friedrich v. Hattstadt „Georgen Stromer und Hannsen Ortlieb und Ihrer Gesellschaft 2 Pallen Tuch auf der strassen genommen." 1428 werden derselben Gesellschaft in Dänemark Güter geraubt (Ib. S. 166). Beschwerden und Verhandlungen über Beraubung von Gesell-

Digitized by Google

schaften finden sich häufig in Urkunden, z. B. b. Lappenberg, Hans Stahlh. U. B. No. XXXII S. 16, b. Höhlbaum, Hans. U. B. Bd. II. 722, 725—728, 614, im Lüb. U. B. Bd. I. 368.

Nicht minder werden die Gesellschaften von den Nachtheilen allgemeiner Handelsverbote getroffen, so von Reichsverboten, wie dem von Kaiser Sigismund für den Handel mit Venedig erlassenen (vgl. Jäger, Ulm, S. 700). Doch wie diese Verbote bei der Schwäche der Reichsgewalt überhaupt vielfach übertreten wurden, so hatten in besonderem Masse die Gesellschaften Neigung, sie nicht zu beachten. Von kleineren Gemeinwesen, welche die Unzuträglichkeit einer Unterdrückung des Handelsverkehrs bei der engeren Beziehung, in der sie zu ihren Mitgliedern standen, besser kannten, sind nur selten allgemeine Handelsbeschränkungen erlassen worden. Diese trafen auch die Handelsgesellschaften. So bestimmte der Städteabschied von 1429 unter Ulms Leitung, dass niemand die Frankfurter Messe mehr besuchen oder auch nur Gemeinschaft an Waaren haben solle, die dorthin geführt würden. (Vgl. Jäger, Ulm S. 714.) Indessen haben auch derartige Verbote, wie für den Handel überhaupt, so für die Gesellschaften keine dauernde Schädigung zur Folge gehabt.

Viel störender wirkten Verbote, die gegen die Handelsgesellschaften speciell gerichtet waren, auf deren Entwickelung ein. Die Reichs- und Landesgesetzgebung verhielt sich ihnen gegenüber in der früheren Zeit weder hindernd noch fördernd, vielmehr gänzlich theilnahmlos. Anders Städte und Gilden. Diese befürchteten von der commerciellen Verbindung ihrer Mitglieder mit Gilde- oder Stadt-Fremden entweder eine Störung ihrer inneren Verbandseinheit und eine Zersplitterung der Interessen ihrer Mitglieder, oder eine Beeinträchtigung der letzteren in ihrem Gewerbebetriebe. Sie waren überdies nicht gewillt, an den nur für ihre Mitglieder bestimmten Privilegien und schützenden Institutionen Aussenstehenden, die an den Lasten des Verbandes keinen Antheil hatten, irgend welchen Nutzungsantheil zu gewähren, auch den nicht, welcher ihnen aus der Vermögensverbindung mit Stadt- oder Gildegenossen zufliessen [1]) musste. Sie gingen daher schon früh mit Verboten und Beschränkungen gegen Handelsgesellschaften mit Nichtmitgliedern vor. So bestimmt die Göttinger Kaufgilde (Mon.-Ber. d. Berl. Ak. v. 1879.

[1]) Consequent bestimmte die Gesellschaft der Pariser Flusshändler, die das Vorrecht des alleinigen Waarentransportes auf der Seine hatte, dass daran ausser den Mitgliedern auch die Fremden Theil nehmen sollten, die mit Mitgliedern der Genossenschaft in Handelsgesellschaft ständen (vgl. Hüllmann, Städtewesen Bd. I. S. 168).

Digitized by Google

S. 38) 1456: „dat neyn unser gildebr. schulle selschupp hebben myt dem eder den, de neyne kopgilde hebben“ bei Strafe der Ausstossung aus der Gilde. Ebenso heisst es in den Statuti dei mercanti di Roma (Studi e Docum. Bd. I, No. 8) S. 20: „Item quod nullus mercator de cetero faciat cum sutoribus specialem conpagniam pannorum aut de aliis rebus nostre mercatantie sub pena C sollidorum provisinorum.“ Die Stadt Ulm erliess 1389 in dem Statut von Mittwoch vor St. Galli ein Verbot, mit irgend einem Gast Kaufmannschaft in Gemeinschaft zu haben bei Strafe von 10 Gulden für je 100 Gesellschaftsgulden. Freilich wurde dasselbe oft übertreten, und 1513 forderten die Zünfte daher vom Rath, er solle es den Bürgern verbieten, Handelsgesellschaften mit Auswärtigen einzugehen (Jäger, Ulm S. 674/5). Jeder Stettiner Kaufmann hatte jährlich, wenn er zum ersten Male Waaren fortschickte, einen Eid zu leisten, dass er alle Waaren, die er im laufenden Jahre verschiffen würde, für eigene Baarschaft und Vermögen auf seinen Kaufmannsglauben, Gewinn und Verlust an sich gebracht und sich dazu keiner Hülfe, Gesellschaft und Matschaperie derer, die zu Stettin unter des Raths Zwang und Bürgerrecht nicht gesessen, bedient habe (Klöden, Oderhandel VIII. S. 18). Die Leipziger Willkür und Polizeiordnung von 1454 (Cod. Dipl. Sax. Bd. VIII U. B. v. Lpzg. No. 317) enthält als oberste Bestimmung: „Ess sal kein burger mit keynem gaste nicht gesellschaft haben heymelichen noch offinbar ane geverde by busse czehn schocken. Item wer hirinne vordacht wirdet, der sal sich des entledigen uff den heiligen addir sal der bussen vorfallen sein.“ Das Stadtrecht von Weissensee, a. d. 13. Jahrhundert (Walch, Beiträge Bd. II S. 8), bestimmt: „Auch enthat keyn Burger gesellschafft haben mit keyn Kouffmannschafft mit nymande, da unserm gnedien Hern und der Stad nicht rechtis von geschicht.“ Aehnlich das Ofener Stadtrecht Cp. 87 (Michnay S. 71): „Kein inlender kaufman noch statman sol mügen oder gesellschaft türren haben in kaufmanschatz mit ainem auslender oder auswendig der stat gesessen kaufman. Der vbertreter diser ordnung sol verfallen sein leibs vnd guets.“

Andere Stadtrechte haben wenigstens für einzelne Gewerbe ein Verbot des Gesellschaftsschlusses zwischen Bürgern und Nichtbürgern, so das Göttinger Stadtrecht von 1331 (Pufendorf, Obss. Bd. III. App. S. 207) für Wein-, Fisch- und Tuchhandel: „Ok en scal neyn unser borgere eder de met os wonet dusses vorbenompden gudes (Wyn, harink, stokuis, want) ienigheme gaste nicht to der hant kopen eder kumpenighe med ome daranne hebben.“ Das Wiener Fleischhauerrecht Art. 3 (Rauch Bd. III No. IX) ver-

Digitized by Google

ordnet: „und sol auch kain purger chainerlay visch mit kainem Gast nicht haben." Das Münchener Stadtrecht v. 1347 Art. 327: „Ez sol auch kein Bürger keinem gast sein wein im ainem (ze gemeine) oder zu gesellschaft schenken noch machen. Wer daz übervert, so geit der gast dem Richter 1 Pfund Pfenning, der Stadt 5 Pfund Pfenning." Aehnlich das Cölner Recht (Ennen u. E., Bd. I. Rathsv. 43), wobei der erste Satz wohl als Uebergangsbestimmung zur Auflösung bereits bestehender Gesellschaften anzusehen ist: „Evert wert sache, dat eynich Burger geselschaff hette mit eyme Gaste, de suelen yre wijne deilen upme Ryne. Wilch Burger dar weder deidt, die gilt van eyme yeclichme voder wijns V marc zu boissen, as dicke he dat deit; noch geyn jnkomen man, die nyet Burger enwere, sal geselschaff mit eynchem Burger haven gantz off zu zappen, zu verkoufen, noch nyeman eynche wijne gelden; wie dar wieder diede, he were jnkomen man off Burger, die gilt V marc zu boissen van eyme yeclichem voder wijns, as dicke as he dat deit."

Andere städtische Bestimmungen zwingen den Bürger für den Fall der Vereinigung mit Ausmännern auch die Lasten der Nichtbürger zu tragen. So wird im Münchener Stadtrecht von 1347 Art. 322 dem Bürger verboten, einem Gaste ein Gut zur Gesellschaft anzuvertrauen. „Ob ein gast oder ein anderer Pfaff oder Laie, swo er halt wesen hat, und der mit den Bürgern nicht steuert, einem Bürger ein Gut zu Geselschaft laet, oder suest ân Geselschaft, davon, der nicht purger ist, gewin wil nemen und dasz man im arbeit als ander purger guot, daz selb guot, daz dem, der nicht purger ist, gewinn traet, so sol der Purger, der es arbait, versteuren, als der Stat Recht ist; doch ob der auzman dem purger ein gut enpfor laet ân gewin durch Lieb und durch freuntschaft, das sol man nicht versteuren, und welcher Burger ein fremdes gut anders arbait, der geit dem Richter 3 Pfunt Pfenning und der Stad vi pfunt da."

Vielleicht den glücklichsten Ausweg zwischen völligem Verbot und völliger Freilassung fanden die Stadtrechte, welche die Societät zwischen Bürgern und Nichtbürgern wenigstens beschränkt gestatteten, dennoch aber den letzteren nicht die Stellung der Bürger einräumten, sondern den Bürgern nur für ihren Antheil eine Befreiung von den Lasten der Fremden gewährten, wie das Gutachten der Leipziger Rathscommission von 1464 (Cod. Dipl. Sax. Bd. VIII. U. B. v. Lpzg. No. 383 S. 314 unten): „Item ess mag ein burger mit einem usslendischen gaste geselschaft haben uff ein anczal, der helfte eins drittenteils mynner adder mehr unde sal dess slegeschacz uff sin anczal fry sein, die er an dem Gute hat,

Digitized by Google

abbir das ander sal er uffrichtig vorrechten mit czollen unde gleiten unsern g. hern, der stat unde idermann, als sich gebort.“ Nach demselben Princip bestimmt Stade für die bevorzugten Hamburger, falls dieselben mit anderen Fremden Gesellschaft haben, eine Zollfreiheit für ihren Antheil. Höhlbaum, Hans. U. B. II. No. 659 v. 1340: (2) „Vortmer hedden de van Hamburch kumpenighe luttik eder grot in scepen myt jeneghen gasten, de myt uns ere plicht to rechte don scolden“ (die also nicht in derselben begünstigten Lage wie Hamburg sind), „de scepe scolen uplegghen to Stade unde ere rechten plicht don vor sik, mer de van Hamburch scolen nenen tollen gheven vor ere del scepes unde gudes, also hirvore screven is.“

Neben diesen die Gesellschaft mit Aussenstehenden beschränkenden Verordnungen wurden von vielen Städten und Gilden auch Bestimmungen erlassen, welche die Bürger und Gildegenossen an der Eingehung von Gesellschaften unter einander hinderten. Man besorgte von der Vereinigung mehrerer zu Einem Geschäftsbetrieb theils eine Verminderung der Concurrenz, theils eine Schädigung der alleinstehenden Gewerbetreibenden. Daraus erklären sich Beschränkungen der Gesellschaft auf eine bestimmte kleine Personenzahl und ein niedriges Maximum des Societätsgutes, welches die Gesellschafter zwang, neben dem gemeinsamen Geschäftsbetriebe selbständig ihrem Gewerbe obzuliegen. Es gehören dahin Bestimmungen wie die für die Wiener Fleischhauer von 1350 Art. I. Alin. 3 (Rauch, Rer. Austr. Scr. Bd. III. No. IX): „Man nymbt auch hinder in ab alle gesellschafft Also das nur ir zwen ymer ein gesellschafft mit ain ander haben sullen. Und die sullen auch nymmer mer als ainen wagen mit hawsen oder mit schubvischen“ (Schuppenfischen) „haben, bestellen und chauffen und sullen den von der hant verschreyden oder mit sambt mit ain ander verkauffen und alle die weil der selb wagen nicht verkaufft ist So sullen sy kainen andern nicht bestellen noch kauffen. Aber ymmer zwen mugen mit ainer gesellschafft ze hainburg oder anderswo ausser landes bestellen chauffen mer denn ainen wagen. Und doch das recht do mit verkauffen ze halten als vor genant ist.“ Alin. 6: „Es sullen auch alle fleischacker die rechte markht zeit suchen und sol auch ygliche gesellschaft nicht mehr viechs ausser landes gen wien treiben dan zwelif haubt und ynnerlandes acht haubt.“ Art. 3: „De iure et officiis piscatorum S. 70. Und welher ainen wagen .... mit gesalzen vischen oder schubvischen entgenczet ..... Und sol auch kain andre geselschafft zu Im mit nemen dann da mit er es entgenczt hat, und sol auch kain purger chainerley visch mit kainem gast nicht haben.“ Das Stadtbuch von Zutphen a. d. Anfg.

Digitized by Google

d. 14. Jahrh. § 125 (Hordijk S. 84) bestimmt: „Dar lude wine toe zamen in geselscap hebben in enen huse offte in twyen offte in meren, die en zullen niet tappen dann in een taverne, die wine leggen daer sie legghen.“ Eine spätere Verordnung sagt (Bepalingen § 11, ib. S. 113): „Voert en zolen gheen onser burgheren or taverne to zamen setten, als win te tappen in zelscap; ende in elke taverne solen niet meer gesellen dan vier wezen.“ Ebenda § 12 (ib. S. 114) wird über die Fleischhauer bestimmt: „Oeck en sullen se gyne geselscap hebben vleisch te slaen vorder dan twe off drie.“ Für einzelne Gewerbe tritt geradezu ein städtisches Verbot jeder gesellschaftlichen Verbindung ein, so in Leipzig für Weinschank und Brauen neuen Malzes. Urkb. v. Leipzig (Cod. Dipl. Sax. Bd. VIII) No. 289 a. 1452: „Item ess sal auch nymandes in des andern keller wyn schencken oddir schencken lassin addir mit eynem andern wyn zcu schencken geselschafft haben by derselbigen busse . . . Item ess mogin auch irer czwene ein alt malcz wol mittenander brauwen ane wandel, sundern nuwe malcz sal ydermann, wer brauen wil, alleine brauwen.“ Ebenso für Bäcker und Brauer i. d. Statuta Bremensia antiqua v. 1428 Cap. 20 (Oelrichs S. 303 ff. Ebenso Statuta unde Ordele v. 1433 Stat. 68 b. Pufendorf, Obss. Bd. III): „Nene kumpane an Gude scullet backen unde bruwen in eneme huse. Dane scolen ock nene twe backen unde bruwen in eneme huse de cumpane sint an gude .. So we dat brecke wurde he des vortughet mit twen borgheren umbesproken eres rechtes de scal gheven der stad vyf marck unde schal dar to sines ammetes entbehren een iar.“ Aehnliche Verbote finden sich für Schlächter, Schuhmacher und Bäcker in den Saalfeldischen Statuten a. d. 13. Jahrh. (Walch, Beitr. Bd. I) 77: „Wer czu banck sten sal czu Salveld. Ez en mag nymant zcu banke sie, her si fleischouwer schuworchte ader phister, her gebe dan ein halbin virdung zu geschozze. her en sal ouch mit nymande icheine gesselleschaft habe nach nymant mit yme. die buze ist ein virdung hette her dez virdungiz nicht, her solde di stad rume alzo lange, biz daz her die hulde gewunne der burgere.“ Für Schlächter ebenfalls in den Coesfelder Statuten (Niesert, Münstersches U. B. Bd. III No. V) v. 1416 S. 208: Jeder in der Fleischhauergilde, der in Scharren Fleisch verkaufen will, soll bei seiner eigenen Bank stehen „und slyten syn eighen geslachtede Vleisch dar niemant geselschap ofte deilynghe anenhebbe.“ Ein entsprechendes Verbot trifft die Gerber Leipzigs. U. B. v. Lpzg. No. 518 v. 1481 (Cod. Dipl. Sax. Bd. VIII). Innungsartikel der Gerber. S. 426. Alin. 4: „Item es sol kein gewercke des handtwercks geselschaft haben

Digitized by Google

ader machenn auf den buel noch auf dem marckt bey peen und busse eines pfundt wachs." So untersagt auch die Cölner Rathsverordnung 43 (b. Ennen u. Eck. Bd. I) Wirthen die Gesellschaft mit Weinkaufleuten. Sie sollen nicht selbst Weinhandel treiben.

Nicht Nützlichkeitsrücksichten, sondern allgemeinen Gerechtigkeitsgrundsätzen entstammt es, wenn Kaufsvermittlern, Mäklern, gesellschaftliche Verbindung mit Parteien von Stadt wegen untersagt wird, wie dies ebenfalls noch in der letztgenannten Cölner Rathsverordnung 43 geschieht, dgl. in den „Jura lanionum Vindobonensium" (Rauch, Rer. Austr. scriptt. Bd. III. No. 9) Art. 2 S. 69: „Es sol auch kain underkeuffel sich kainer gesellschafft underwinden auf den Jarmarckhten." Aus demselben Grunde soll in der Lübischen Kaufmannsordnung a. d. Mitte des 14. Jahrh. (Lüb. U. B. Bd. III. No. 117) weder der Wäger, noch sein Gesellschafter Geschäfte treiben, die ihn mit seiner objectiven Vermittlerstellung in Conflict bringen würden: „Ock beghere wy, welk wegher de waghe heft up den markede efte by der Trauene, dat de neyn gud van ghewichte noch en kope edder vorkope, he ofte sine knechte efte nemand dar he selschap mede hebbe, ane alsdane de rad darto gheorlouet heft."

Die Hansa hat im Anfang des 15. Jahrhunderts zur Aufrechterhaltung ihrer Geschlossenheit das Verbot an ihre Mitglieder ergehen lassen, mit ausserhalb der Hanse stehenden in Handelsgesellschaft zu treten, zuerst 1426 (s. Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. 39. No. 8) und mehrfach wiederholt bis 1498. Auf eine Wiederholung des Verbots i. J. 1434 bezieht sich das Statutenbuch des hansischen Comptoirs in London (Lappenberg) Art. XII in der speciellen Anwendung, die es von diesem Verbot auf sein Comptoir macht: „Mit genen selschop to hebbende buten der Hanse. Item witlik sy, dat int iaer unses Heren dusent IIII^c XXXIIII up sunte Bonifacius dach was by den gemenen steden ordeneret vnd upgesettet, dat nemand in der Hense behorende en schal selschop noch cumpenien holden myt ienigen man van buten der Hensen: dat also nicht en holden wert. Hirumme hebben de gemenen stede endrechtliken nu geslaten, dat alle de ienen, de sodane selschop in kopenschop ofte in schepesparten myt ienygen van buten der Hense hebben, dat se twisken dit vnd Paschen negest kamende scholen scheden vnd sick des schepes parte scholen qwit maken up de bothe van eyner marc goldes enen warf, ander warf, derden werf, und up de Hense und koepmans rechticheit to vorborende. Und weret dat na dem vorkundigen disser ordynancien enych man enige selschop myt enygen man van buten der Hense makede, ofte schepe myt

Digitized by Google

em utrede, de schal bauen de vorgeschreuen bote vorboret hebben so vel geldes alse he selschop hadde utgelecht und dat schepes part und wes dat gekostet hadde. Und schal hebben dat eine dordendel van der vorgescreven bote und dat ander dordendel de stad van der Hanse oft de koepman, dar de sake vorfolget ofte beendiget wert und dat (derde) del der dordendele schal den gemenen steden vorfallen syn van der Hanse. Unde disser broke en schal me nemande togeven noch quit schelden.“ Art. b. eod. (wahrscheinlich vom Jahre 1447) bestimmt, dass nur Bürger einer Hansestadt und Waaren, an denen Aussenhansen keine Gesellschaft haben, nach dem Deutschenrechte des Comptoirs zu beurtheilen sind. Der Altermann soll fragen: „item weme de guder horen, de he handeret vnde ofte ienige lude van buten der Hense dar part ofte deel ane hebben. . . . Item is dat sake, dat sodane man, de des koepmans recht begerende is . . . gene guder hanteret, den de in der Hense to hus behoren . . . . so mach me em dat recht vorlenen“ etc.

Auch andere Städte haben Specialanwendungen dieses hansischen Verbotes für ihre Bürger gemacht, so Lübeck (Hach, Lüb. R. IV. 32 a. E.): „ock schal nen henser selschop hebben mit iennigen manne, de in der hense nicht en hort, he sy schipper offte nicht.“ Ebenso Riga. Dieses hatte in den Burspraken II von 1384 Art. 43 (Napiersky S. 208), III von 1399 Art. 39 (S. 212), IV von 1405 Art. 40 (S. 216), V von 1412 Art. 50 (S. 219) das immer in etwas veränderter Form wiederholte weniger beschränkende Gesellschaftsverbot mit Ausserdeutschen ausgesprochen, 1412 in der Fassung: „Ok so schal nen dütsche undütschen wedderlegghen, by III marken, efte selschop myt eme to hebbende.“ In der Bursprake VII aus dem Anfange des 16. Jahrhunderts wird diesem in Art. 44 (S. 231) nochmals wiederholten Verbote mit Rücksicht auf die hansischen Entscheidungen in Art. 87 (S. 236) die weitere Beschränkung auf Mitglieder der Hansa zugefügt. Vgl. ib. Note 5 Zusatz der Handschrift A: „Item dat alle degenne, de selschop in kopenschop offt in scepes parten mit jenigen buten der hense hebben, dat de twysken dyt vndt Michelis erst to kamende sick darvan scheiden undt dat schepespart quit maken.“ Vgl. Art. 88 Zusatz von A., Art. 90. Zu Art. 91 hat A. (ib. S. 237 Note 3) den Zusatz: „Ock solen alle degennen buten der hennse unndt in frombder nation gebaren unndt doch itzunder in der hense steden borger synde und de hense und kopmans recht brukende, so vaken undt wanen se des van eren rade angelanget undt geeschet werden, sick alse recht ys entleggen, dat se mit nemande van buten der hense jenige selschop kopenschop

Digitized by Google

und hantderinge hebben edder hebben willenn in thokamenden tydenn, by vorboringe der Borgerscop der stadt dar se wanen, unndt aller stede in der hense belegen unndt des kopmanns rechtenn."

Diese hansischen Verbote scheinen im allgemeinen auch beachtet worden zu sein, und öfters findet sich in Vertragsurkunden der ausdrückliche Zusatz, dass beide Gesellschaftschliessende der Hanse angehören, so Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. U. B. 96 (a. 1497): „Berteld Reysener, copman van der duitschen hanse — — heft bekand, wo dat Jacob Eppenstede ok copman van der duitschen hanse unde he ene vrie selschup in copenschuppen int iar 1473 gemaket unde tosamende gelecht hebben, de twisschen Lubeke unde Brugge hanteret." Später indess ist Unordnung eingerissen. So schreiben 1562 die Altermänner der Brüggeschen deutschen Hanse zu Andorf an Münster (vgl. Niesert, Münst. U. B. Bd. III. S. 428), es sei auf dem Hansetag Beschwerde geführt worden, „dass die Ansischen Kauffleute mit Unfrien, die in der Anze nicht gehorich, Maschkopei halten oder dieselben Unfrien alhie und allume in den Niederlanden vor ihre factoren gebrauchen", wodurch der Handel an Nichthansen gebracht werde. In Danzig ist das Verbot der Schiffsgesellschaft mit Aussenhansen nie befolgt worden (Hirsch, Danz. S. 266).

Die deutschen Comptoire im Auslande mit ihren zahlreichen Privilegien waren im eigenen Interesse von jeher besonders bemüht, ihre Freiheiten auf Deutsche zu beschränken, deutschen Handel und Recht im Auslande zu Ehren zu bringen. Darauf beruhen einige Specialbestimmungen dieser Comptoire über die Handelsgesellschaften. In Nowgorod wurde früh in der Skrae des deutschen Hofes (s. Lüb. U. B. Bd. I. S. 703, 704) ein Verbot der Geschäftsgemeinschaft mit Ausländern erlassen: „Bi viftich marken silveres si geboden iewelikeme kopmanne dydeschen, dat he nien gut in kumpanie hebbe mit den rucen (Russen) unde ouc der rucen gut nicht ne voere to sendene. Likerwis sal et wesen, ofte iemen voeret walen (Wälschen) ofte vleminge ofte der engelschen gut in kumpanie, ofte to sendeve." Wiederholt ist dieses Verbot bei den stärksten Strafen in den Beschlüssen des Hofes von 1346 (vgl. Sartorius, Urspg. d. dtsch. Hanse, I. S. 146). Zur Pflege des deutschen Handels im Auslande hielt man es für nöthig, Sicherheitsmassregeln gegen die Verdrängung des Kleinkaufmanns durch Grosskaufleute und Gesellschaften zu treffen. Daher durfte niemand, auch keine Gesellschaft, Geschäfte über die Werthsumme von 1000 Mark machen, so nach der Skrae für die deutsche Niederlage in Nowgorod von 1315—55 (Sartorius, Bd. II. S. 278): „dat hir nemant des iares bouen duzent marc sal hebben, dat si sines egenen gudes eder an

kumpenie ofte an sendeue eder jeneger leye dinge; were dat sake, dat ieman guet brechte, bouen dit vorbenomede guet, dat scolde vorvaren guet wesen, vnde horen to sante peters behöf, dar to sin gůt numer in sunte peters hof" (d. i. der deutsche Hof) „to bringende eder to commende, hene hebbet an sante peters minnen."

Für den Verein der norddeutschen Kaufleute zu Brügge wurde 1354 gleichfalls ein Verbot der Gesellschaft mit Ausländern erlassen. Zugleich wurde der Ehre des deutschen Namens zu Liebe bestimmt, dass nur die in Brügge am deutschen Rechte Antheil haben sollten, die darin eine Ehre und Privileg sähen, dass daher nur mit solchen der deutsche Kaufmann eine Gesellschaft schliessen oder fortsetzen dürfe. Vgl. Sartorius, Urspg. Bd. II. No. CLXIV von 1347/1354/1356 § III. S. 400: „Voortmer so ne zal ghein man, de in der duutschen rechte is, cumpanie noch wedderlegghinghe mit vlaminghen hebben, op de boete van eene marck gholds." S. 399: „Voort so welke man, die der duitschen recht verschmaede vnd upzeghede in houardie eder gramschepe sunder orlof des Coopmans, de ene zal nicht weder ontfanghen werden in des Coopmans recht, noch beuryet zyn met ereme rechte, daermen dat eme beweren mach. Vnd hedde ock jenich man Cumpanie mit den vorseiden manne, dat es to verstane als van wedderleghinge eder gheselscap van copmanschepe, de zal de Cumpanie scheden van eme bynnen jare vnd binnen daghe naest komende, up de boete van eene mark gouds." So wird (S. 401, Anhang I.) 1350 Tydeman Blomenrot zur Strafe vom deutschen Rechte ausgeschlossen: a) „Int erst, dat neyn copman, die in der dutscher henze bihort, sal nene wederlegghinge hebben stille noch openbaer mit Tydeman Blomenrot. b) Vortmer in wat scepe Tydemann vorscreven of sine gheselscap ere goed scepen, dat dar neyn copman, die to der dutscher henze bihort, sin gued in scepen sal." Also soweit geht die Strenge, dass deutsche Hansen des Brüggeschen Comptoires weder mit T. B., noch mit Gesellschaftern von ihm Ein Schiff benutzen dürfen.

Die Verbote, die der Hansische Stahlhof in London an die Hanserecesse von 1434 knüpfte, sind bereits oben S. 27 erwähnt worden. Für das Fonticum Theotonicorum zu Venedig ergingen ebenfalls einige die Handelsgesellschaften betreffende Bestimmungen, so die vom 7. März 1448, dass die auf italienischem Boden handelnden Vertreter deutscher Handelsgesellschaften nur auf eine „legitima procura et instrumentum societatis" hin als solche gelten sollen. (Vgl. bei Mone Bd. V. S. 27.)

Wie mannigfach auch diese beschränkenden Bestimmungen der Gilden, Städte, der Hansa und der deutschen Comptoire im Auslande

Digitized by Google

sind, so ist darunter doch kein Verbot der Handelsgesellschaften überhaupt. Vielmehr liessen sie alle der Gesellschaftsbildung noch einen weiten Spielraum. Auch die kanonische Wucherlehre ist auf diesem Gebiete von wesentlich praktischem Einfluss in Deutschland nicht gewesen. Nur für Creditgeschäfte findet sich ein Gesellschaftsverbot, s. Cölner reformirtes Stadtrecht von 1437, „Morgensprach von wucherlichen Contrakten und Underkeuffen" a. 46 p. 69 (Neumann, Wuch. S. 89): dass „kein Burger, Burgersche noch Ingesessen, noch jemandtt von ihrentwegen mit keinem andern Burgern noch Ingesessenen, noch auswendigen Geistlichen oder weltlichen Personen keinerley Finantzvorkauffe, aufschlage, schaden kauff, noch keinerley handthierung zu treiben oder sich damit zu behelfen, kein Gesellschaft haben sollen, inwendig noch auswendig einig Gelt noch Gut auszuleihen oder weg zu borgen, es sey auf glauben, mit Bürgen oder ohne Bürgen, auff Pfand, Erbe, Gewissheit, Briefe, auf sich selber oder jemand anders sprechende oder ohne brieffe, wie man desz eussern mag, also dass niemands einig Kauffmannschaft hanthiere oder treibe ..." Ebenso steht die deutsche, auf romanistisch-kanonischer Grundlage ruhende Theorie der Auffassung fern, als ob die Gesellschaft von den Zinsverboten getroffen würde. Sowohl Purgoldt als Kuppener kennen eine Zinsverbotumgehung durch Gesellschaft nicht. (Vgl. Neumann, Gesch. des Wuchers S. 462 ff.)

Die Reichs- und Landesgesetzgebung hatte ebenfalls zunächst keinen Grund, hindernd in die Entwickelung der Handelsgesellschaften einzugreifen. Besonders in Süddeutschland, wo man eigentlich allein von einer wahrhaft universellen, über die nächsten Zwecke des Handels und Gewinns hinausreichenden nationalen Bedeutung der Handelsgesellschaften sprechen kann, war ihr Einfluss auf das Land sehr günstig. Der allgemeine Aufschwung des Handels, die Ausbildung eines kaufmännischen Personalcredites, die Entnationalisirung des Handels war hier hauptsächlich dem Einflusse der Gesellschaften zu danken. Sie brachten aus dem Auslande Reichthümer in ihre Heimath und waren so von nicht geringem Einflusse auf Hebung des Volkswohlstandes, Ausbildung eines deutschen Luxusgewerbes und einer deutschen Kunst. Die Fürsten, die häufig in Geldnöthen waren, waren ihnen besonders gewogen, nahmen von ihnen Vorschüsse und betheiligten sich sogar selbst an Gesellschaften. Je mehr aber die Geldmacht der süddeutschen Handelsgesellschaften stieg, desto mehr strebten sie danach, den Handel, wenigstens mit einzelnen Waaren, ganz in ihre Hände zu ziehen. Namentlich suchten sie den umfangreichen Handel mit süd-

Digitized by Google

ländischen Gewürzen und Specereien für sich zu monopolisiren. Sie kauften auf den Märkten von Regensburg und Wien alle Bestände eines Gewürzartikels auf und vertrieben diese dann im Kleinhandel zu einem beliebig von ihnen gesetzten Preise. Ebenso bemühten sie sich, den Handel mit Wollenwaaren an sich zu reissen. In den habsburgischen[1]) Ländern hatten sie den ganzen Bergbaubetrieb und demgemäss den gesammten Handel mit Metallen. In Ungarn aufgekaufte Viehheerden verkauften sie in Wien stückweise, kehrten sich nicht an den Unterschied von Gross- und Kleinhandel, verletzten überhaupt jede städtische Ordnung. Boemus, der als Zeichen des verschlechterten Sittenzustandes in Schwaben in erster Linie das Treiben der Handelsgesellschaften hervorhebt, schildert den Schaden, den das ganze Land darunter litt. An der oben (S. 10) erwähnten Stelle fährt er fort: „quod ego tamen non laudo; quum id non minus opificibus et agricolis grave damnosumque sit (qui sua ante tempus gryphonibus istis ne potius dicam vel mercatoribus vendunt, quae postmodum necessitate cogente duplo aere redimere ab ipsis debent), quam toti provinciae: quae quibuscumque indiget non apud vicinas gentes, a quibus minori pretio habere possit, accipere debet (sic enim a corruptis munere Principibus impetratum) sed ab illis in Stutgardia aut alias ubi emporia habent." Das rief natürlich eine starke Reaktion aus allen Schichten der Bevölkerung hervor. Zuerst beschränkte Wien die Handelsgesellschaften auf den Grosshandel. Mehrere Reichstage suchten den Uebergriffen der Handelsgesellschaften durch Verbote zu steuern. So bestimmt der 1512 zu Trier und Cöln erlassene Reichstagsabschied IV § 16 (Koch u. S.): „Und nachdem viel grosse Gesellschafft in Kauffmannsschafften in kurtzen Jaren im Reich aufgestanden, auch etliche sondere Personen sind, die allerley Waar und Kauffmannsgüter, als Specerey, Erz, Wollen-Tuch und dergl. in ihre Händ und Gewalt allein zu bringen unterstehen, Fürkauff damit zu treiben, setzen und machen ihnen zum Vortheil solcher Güter den Wehrt ihres Gefallens, fügen damit dem H. Reich und allen Ständen desselbigen mercklichen Schaden zu, wider gemein beschriebene Kaiserliche Recht und alle Erbarkeit: Haben Wir zur Förderung gemeines Nutz und der Nothdurfft nach, geordnet und gesetzt und thun das hiemit ernstlich und wollen, dass solche schädliche Handthierung hinführo verboten und absy, und sie niemands treiben oder üben soll. Welche aber wider solches thun würden, deren Haab und Güter sollen confiscirt und

---

[1]) Vgl. über das Folgende Falke, Gesch. des Handels Bd. I. 128. 129. 247. Bd. II. S. 330 ff.

Digitized by Google

der Obrigkeit jeglichen Orts verfallen sein .... § 17: Doch soll hiedurch niemands verboten seyn, sich mit jemand in Gesellschafft zu thun, Waar, wo ihnen gefällt, zu kauffen und zu verhandthieren: dann allein, dass er die Waar nicht unterstehe in eine Hand zu bringen und derselben Waar einen Wehrt nach seinem Willen und Gefallen zu setzen ....." Dass dieses Verbot nicht durchschlagend war, beweist der auf dem Ausschusstag der östreichischen Erblande zu Innsbruck 1518 gefasste Beschluss (Art. 14, nach moderner Fassung bei Falke, Bd. II. S. 338 f.): „Die grossen Handelsgesellschaften, welche ausserhalb Landes ihren Sitz haben, haben durch sich selbst und ihre Factoren alle Waaren, die den Menschen unentbehrlich sind, Silber, Kupfer, Stahl, Eisen, Linnen, Zucker, Specerei, Getreide, Ochsen, Wein, Fleisch, Schmalz, Unschlitt, Leder in ihre alleinige Hand gebracht und sind durch ihre Geldkraft so mächtig, dass sie dem gemeinen Kauf- und Gewerbsmann, der eines Gulden bis in 10000 reich ist, den Handel abstricken. Sie machen beliebig die Preise und schlagen nach Willkür damit auf, wodurch sie sichtbarlich in Aufnahme kommen, einzelne davon in Fürsten Vermögen gewachsen sind, zu grossem Schaden der Erblande. Diesen Gesellschaften soll mit Ausnahme der Märkte kein Einlagern ihrer Waaren mit täglichem Verkaufe gestattet werden, auch zur Verhütung von Betrug und Schmuggel niemand im Lande oeffentlich oder heimlich ihnen beitreten. Bei den Messen und oeffentlichen Jahrmärkten in Wien, Botzen, in den Vorlanden und an anderen Orten soll es den Gesellschaften nicht gestattet sein, Güter oder Waaren vor Ende des Markts durch höheres Gebot an sich zu bringen; was jeder auf den Markt bringt, soll er bei der Elle, Mass und Gewicht treulich, ehrbarlich und ungefährlich bis zum Ende des Markts verkaufen. Keiner Gesellschaft soll es ferner erlaubt sein, das ungrische oder Landvieh mit dem Haufen aufzukaufen bei Verlust des Viehs; jeder Vorkauf und Treiben in andere Länder zum Verkauf ist verboten. Auch die neuerlich zur Betreibung des Seifenhandels zusammengetretene Gesellschaft soll als landesschädlich aufgehoben werden." Gebrochen wurde die Macht der Handelsgesellschaften durch die Veränderung der Handelsgrundlagen mit Beginn der Neuzeit. Deutschland hörte mit den neuen Entdeckungen auf, Haupthandelsstrasse Europas zu sein. An dem Handel nach den beiden Indien nahmen die deutschen Gesellschaften nur vorübergehend Theil. Schon um die Mitte des 16. Jahrhunderts sind sie von ihrer Machtstellung heruntergesunken.

Die norddeutschen Gesellschaften wurden von den erwähnten Reichsverboten nicht betroffen. Hier nahmen die Gesellschaften nur

Digitized by Google

die Stellung reicher Einzelkaufleute ein, die die allgemeinen Handelszwecke verfolgten, und denselben nie, wie die süddeutschen Gesellschaften bei ihrer die gewöhnlichen Verhältnisse weit überragenden Geldmacht es wagen konnten, in sonderbündlerischem Auftreten entgegenarbeiteten.

Digitized by Google

B. Die Theorie der offenen Handelsgesellschaft in den Stadtrechten.

Vorbemerkung.

Betrachtet man gegenüber dieser reichen Entwickelung der offenen Gesellschaft, was sich an theoretischen Ausführungen darüber in den Stadtrechten findet, so ergibt sich, dass das sich vorfindende Material nach Umfang und Bedeutung in einem auffallenden Missverhältnisse dazu steht. Der Grund dafür liegt darin, dass die Stadtrechte des Mittelalters überhaupt es vermieden, Rechtsinstitute in umfassender Weise nach abstracten Grundsätzen zu regeln. Die rechtschaffenden Faktoren waren dieselben, die auch die Rechtspflege übten. Gesetzgeberisch geregelt wurden daher nur Fragen, die häufig vor Gericht praktisch wurden. Fragen des Gesellschaftsrechtes waren aber nicht oft Gegenstand des Prozesses. Die inneren Streitigkeiten der Gesellschafter wenigstens wurden bei den nahen persönlichen Beziehungen derselben meist auf schiedsrichterlichem Wege erledigt. Dazu kommt, dass die Gesellschaft sich in ihrer Entwickelung an zwei Institute des deutschen Rechtes von allgemeiner Bedeutung anschloss, die Ganerbschaft und den Rechtserwerb (bez. die Verpflichtung) zur gesammten Hand. Beide sind in den Stadtrechten ziemlich ausführlich behandelt. Was Rechte und Verpflichtungen der Gesellschaft betrifft, so waren hierauf die Gesammthandsgrundsätze anwendbar. Für das persönliche Verhältniss der Gesellschafter untereinander und für ihre Rechte am Societätsgut bot, gerade mit Rücksicht auf die Entstehung der Gesellschaft aus der Familie, die Ganerbschaft, das enge Band, das hier die Gemeiner umschloss, und ihr Verhältniss zum gemeinsam innegehabten Gute, eine passende Analogie dar. Ihre Grundsätze wurden daher, namentlich in der früheren Entwickelung der Gesellschaft, in so weitem Umfange auf die Gesellschaft übertragen, dass dies besondere gesetzliche Bestimmungen für die Gesellschaft überflüssig

Digitized by Google

machte. Als aber die Gesellschaft in ihrer weiteren Ausbildung sich mehr von den Grundsätzen der Ganerbschaft entfernte und als sie namentlich auch mit dem Gesammthandsprincipe brach, war die Entwickelung eine so schwankende und auseinander gehende, dass die in der Hand von Männern aus dem Volke ruhende Gesetzgebung, die nur von klarem Volksbewusstsein durchdrungene Rechtsverhältnisse zu regeln liebte, die leitenden Gedanken in der Form einzelner Satzungen nicht zu fixiren vermochte.

Für die Erkenntniss der deutsch-mittelalterlichen Gesellschaftstheorie sind daher die in den Stadtrechten für die rechtlichen Besonderheiten der Gesellschaft gegebenen ausdrücklichen Normen von keiner grossen Bedeutung, wohl aber andere Stadtrechtsquellen, namentlich die erhaltenen Gesellschaftsvertragsurkunden, die einen Einblick in die regelmässige Gestaltung und damit in das städtische Gewohnheitsrecht der Gesellschaften gestatten.

I. Die Errichtung der offenen Handelsgesellschaft.

a) Entstehungsgründe.

Die Gesellschaft entsteht durch Erbschaft oder Vertrag. Die aus der ersteren hervorgehende Ganerbschaft ist, wie oben ausgeführt, die ältere Form, die aber auch später in der Praxis von Bedeutung geblieben ist und namentlich auf die Theorie der Gesellschaft überhaupt bestimmenden Einfluss gehabt hat.

Wird die Gesellschaft durch Vertrag geschlossen, so sind die Bestimmungen des Vertrages massgebend für die Gesellschafter. Vgl. Consuetudini di Milano von 1216 XIII. De Societatibus. Alin. 2: „.... quod inter contrahentes agitur, pro cauto habendum erit.“ S. auch v. Amira, Altschwed. Obl. R. S. 671. Die erhaltenen Vertragsurkunden geben grösstentheils nur kurze Notizen über die Gesellschaft. Sie bezeichnen meist nur den Zweck der Gesellschaft, die Namen der Gesellschafter, die Höhe der Einlagen, und öfters noch die Gewinnvertheilung (vgl. Pauli, Lüb. Zust. Bd. I. S. 137 ff.). Das übrige überlassen sie der bona fides bei der Durchführung des Verhältnisses.

Dass der Gesellschaftsvertrag einer besonderen Form bedürfe, ist aus den deutschen Stadtrechten mit Sicherheit nicht zu ersehen. Unter allgemeine Formvorschriften für Rechtsgeschäfte, wie z. B. die von Herzog Friedrich II. 1244 für Wien und Haimburg erlassene, wonach „quodlibet negocium arduum et memoria dignum“,

Digitized by Google

„ieglich hoch Geschäft und Wandlung, das Gedächtnuzze wirdig“ (Meiller Arch. X. S. 136), vor officiellen Geschäftszeugen abzuschliessen ist, fällt auch der Societätscontract. Die Pölmanschen Distinctionen nehmen in die Definition der offenen Handelsgesellschaft die Nothwendigkeit eines besonders feierlichen Versprechens unter den Vertragschliessenden auf, I. 12, 1: „Eine rechte Gesellschaft ist, wo sich Leute verbinden mit Worten und mit Gelübden und ihr Gut bringen in gemeine in einem Dienste und in einer Koste in ebenthewer auf Gewinn und Verlust in kauffen und verkaufen.“ Die Statuti dei mercanti di Roma (in Studi e Documenti di Storia etc. Bd. I. No. VIII.) S. 21 machen die volle Haftung eines offenen Gesellschafters für den andern davon abhängig, dass „probabitur eis per cartularium ydoneum sotietatis vel per testes ydoneos vel per publicum instrumentum vel per apodissas factas manu dictorum mercatorum sotiorum.“ Sehr häufig war formeller Abschluss jedenfalls. Falke Gesch. Bd. II. S. 330 hält schriftliche Abfassung mit Unterzeichnung und Untersiegelung durch alle Mitglieder für die regelmässige Form. So findet sich Privatschrift z. B. bei Lörsch, Aach. Rsdkmlr. II. 5, dgl. in der b. Lörsch u. Schr., U. 2. Aufl. No. 278, angeführten hansischen Urkunde von 1426: „Wi Hinrîk van der Hûde unde Mauricius van Delmenhorst bekennen apenbâre in dessen serter, dat wi selschup to samende ghemaket hebben .... To êner orkunde sint desse serter twe de êne ûte den anderen sneden.“ Meist scheinen aber die Parteien den Vertrag vor dem Stadtbuche zu Protokoll erklärt oder vor Zeugen schriftlich geschlossen zu haben. Daher hebt ein Societätsvertrag des Hans. U. B. bei Höhlb. Bd. II. 587 ausdrücklich als Besonderheit hervor, dass er zwischen den mit einander verwandten Contrahenten „nullis aliis ab extra nec consulibus nec concivibus Revaliensibus ad hoc vocatis“ zu Stande gekommen sei. Das Lübecker Niederstadtbuch enthält allein aus den Jahren 1311—1360 ca. 300 Societätsverträge (vgl. Pauli, Lüb. Zust. Bd. I. S. 137 ff.). Auch das Stralsunder Stadtbuch und ein Rostocker Stadtbucheintrag von 1331 (Mecklenb. Urk.-B. VIII. 207 No. 5237: „Venerunt ad presentiam camerariorum ..., fatebantur uno ore dicentes“ etc.) bieten dafür Beispiele. Vertragsabschluss vor Zeugen findet sich beispielsweise bei Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. No. 94.

Einen formlosen Abschluss des Gesellschaftsvertrages kennen die Consuetudini di Milano, ed. Berlan, von 1216. XIII: „De societatibus et sociis rubrica et de socedis. Remisso tractatu emptionis .... consequens est, ut de societate videamus, quae quidem in animalibus .... contrahitur, aliquando et in aliis rebus. Aliquando certum pactum apponitur, interdum indistincte celebratur. Ubi

Digitized by Google

vero certa lex sive in partibus sive in pretii solutione inseritur, quod inter contrahentes agitur pro cauto habendum erit. Si vero nulla lex fuerit apposita et oves in societate datae fuerint ....“

Ueber stillschweigende Fortsetzung einer auf bestimmte Zeit geschlossenen Gesellschaft s. unten S. 78.

Die der Neuzeit angehörigen, aber auf deutschrechtlicher Grundlage ruhenden Antwerpener Compilatae von 1608 Thl. IV. (ed. de Longé) Tit. 9 § 1; „Van geselschap van handel oft compaignie,“ Art. 2 und 3 bestimmen bei Strafe, dass jede Handelsgesellschaft, die unter ihrem Gesellschaftsnamen Handel treiben will, einem Notar der Börse ihren Gesellschaftscontract, enthaltend alle Mitglieder und die jedem zugewiesenen Befugnisse, überliefern muss, um dort eingetragen zu werden (Art. 2). Eher tritt die Gesellschaft nicht ins Leben (Art. 3).

Späterer Zutritt zur Gesellschaft wird in einer Lübecker Urkunde treffend in der Weise bewerkstelligt, dass mit dem Neueintretenden eine neue Gesellschaft gegründet und der auch den Gewinn enthaltende Societätsfonds der ursprünglichen Gesellschaft als Einlage in die zweite Gesellschaft eingeschossen wird. Vgl. Pauli, Lüb. Zust. U. B. Bd. I. No. 102d: „Notum sit, quod Albertus de habuit XIII Mr. den., ad quas ei posuit Helmericus Rufus Heide XXV Mr. den., que pecunia pervenit ad valorem XLVII Mr. den., ad quas posuit Joh. de Samcowe XLVII Mr. den., ad dimidiam acquisitionem et fortunam in vera societate.“

b) Zwecke und Dauer.

Zweck der Gesellschaft ist, eine Unternehmung gemeinsam durch gemeinsame Geldmittel und Thätigkeit zur Ausführung zu bringen (Pölm. Dist. I. 12, 1: „gut bringen in gemeine in einem dinste und in einer koste in ebenthewer“), um höheren Vortheil davon zu haben, als ihn Einzelmittel und Einzelkräfte erlangen können (so Jäger, Ulm S. 668 ff. Vertrag zwischen Weisshaupt und Schreiber: „des besseren und gemeinen Nutzens wegen“).

Die Gesellschaft kann sich richten auf Vornahme eines einzelnen Geschäftes, (nach Pauli, Lüb. Zust. Bd. I. 137 ff. ist das für die Lübecker Quellen das gewöhnliche), oder auf den dauernden Betrieb eines Handelsgewerbes.

Entweder wird sie auf bestimmte Zeit geschlossen, z. B. s. b. Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. U. B. 89: „Desse vorscrevene selschop sal duren unde stan dree jar langh.“ Ib. 90: „Item desse selschop sal stan van desser tiit an vort over III iar unvorandert op dat vor iar.“

Digitized by Google

Vgl. b. Lörsch, Aachener Rsdkmlr. II. 5: „in disse geselschaf sal stain van nu sint Remeys dagh over eyn joir na datum dis briff.“ Bei Jäger, Ulm S. 669 ff. soll die Gesellschaft zwischen Weisshaupt und Schreiber dauern „von Donnerstag vor U. L. Fr. Lichtmess (2. Februar) 1491 an bis Jacobitag 1495“ (25. Juli).

Oder man vereinigt sich auf unbestimmte Zeit. Das letztere ist das Regelmässige. Vgl. z. B. Lüb. Zust. v. Pauli Bd. I. U. B. 103 B. von 1366: „que ultra stabit sub pari aventura utrorumque, quamdiu eis ex utraque parte placebit“.

c) Umfang. Societas omnium bonorum und Societas certae pecuniae.

Die Gesellschafter können die Gesellschaft entweder auf alle ihre Güter, gegenwärtige und zukünftige, ausdehnen oder nur auf die gegenwärtigen beziehen, oder nur mit begrenzten Theilen ihres Vermögens in Gemeinschaft treten.

Die fortgesetzte Erbengemeinschaft war meist eine Societas omnium bonorum. Der Haupttheil des Kindervermögens, oft das ganze, bestand ja in der Zeit, in der das deutsche Recht nur geborene, nicht gekorene Erben kannte, in dem von den Eltern ererbten Gute. Man liebte es daher noch in der spätmittelalterlichen italienischen Doctrin, die Societas duorum fratrum als möglichst weit ausgedehnt, oft als societas omnium bonorum anzusehen (vgl. Endemann, Studien, Aufstz. 3 § 2 No. 1 a. E.). Jedenfalls ist dies der Standpunkt des älteren germanischen Rechtes. Das leuchtet auch aus dem hierher gehörigen Artikel des Edictus Rothari hervor, der jedoch als privilegirt gewisse Güter aus der Gemeinschaft ausscheidet. Vgl. Edict. Roth. 167: „De fratres, qui in casam communem remanserent. Si fratres post mortem patris in casa commune remanserint et unus ex ipsis in obsequium regis aut judicis aliquas res adquesiverit, habeat sibi in antea absque portionem fratrum, et qui foras in exercitum aliquit adquisiverit, commune sit fratribus, quos[1]) in casa commune dimiserit. Et si quis in suprascriptis fratribus gairethinx, fecerit, habeat in antea cui factum fuerit. Et qui ex ipsis uxorem duxerit et de rebus communes meta data fuerit, quando alteri idem uxorem tollere contegerit, aut quando ad divisionem faciendam venerit, simili modo de communes rebus ei refundatur aliut tantum, quantum frater in meta dedit. De

[1]) „quos“ erscheint als die der natürlichen Satzbildung allein entsprechende Lesart.

Digitized by Google

paterna autem vel materna substantia quod reliquum fuerit, inter se dividant.“ Ausser dem ererbten Gute fällt hier auch alles von den Geschwistern selbstthätig erworbene Gut in die Gemeinschaft. Ausgenommen wird nur das in der Gefolgschaft erworbene und Geschenke, die ausdrücklich einem der Brüder allein gemacht sind. Dass hier im allgemeinen an eine Societas omnium bonorum gedacht wird, ergiebt sich auch daraus, dass ein Bruder die Morgengabe für seine Ehefrau dem Gemeingute entnehmen darf.

Auch bei der Vereinigung durch Vertrag war in der ältesten Zeit, namentlich als noch Haushaltsgemeinschaft unter den Socii stattfand, Societas omnium bonorum gewiss das Regelmässige. Später aber tritt hier die auf bestimmte Summen beschränkte Gesellschaft in den Vordergrund. Nach den sächsischen Rechtsbüchern scheint der Einschränkungsprocess, der schliesslich die Societas omnium bonorum nur noch bei Verwandten vorkommen liess, in der Zeit der Stadtrechte seine Beendigung noch nicht gefunden zu haben.

Sachsenspiegel[1]) I. 12 (dgl. Berliner Stadtbuch bei Fidicin S. 116, zum Theil auch Statuta Stadensia von 1279 II 16, Hamburger Stadtrecht von 1270 III 16; v. 1292, H. 20; v. 1497 E. 7, ebenso das von Pufendorf abgedruckte Rigaer Stadtrecht) lautet:

„Svar brüdere oder andere lüde ir gut to samene hebbet verhoget se dat mit irer kost oder mit irme deneste, de vrome is ir aller gemene dat selve is de scade.[2])

Svat aver en man mit sime wive nimt, des ne dehlt he mit sime brudere nicht.

Verspelt aver en man sin gut oder verhuret he't, oder vergüftet he't mit gift oder mit kost, dar sine brüdere oder de ire gut mit ime gemene hebbet, nicht to geplicht ne hebbet; de scade, den he daran nimt, sal sin enes sin, unde nicht siner brüdere noch siner geverden, de ir gut mit eme gemene hebbet.“

Der Artikel fasst, wie das auch die Glosse richtig annimmt, das ganze Gesellschaftswesen in wenige kurze Sätze zusammen. Demgemäss ist der Ausdruck etwas dehnbar. Ir gut kann sowohl „alles Gut“, als nur allgemein „Gut, das ihnen gehört“ heissen.

---

[1]) Ueber die hier und öfters hervortretende Aehnlichkeit zwischen dem Edict. Roth. und dem Ssp. vgl. Stobbe, Gesch. d. dtsch. Rsquellen Bd. I. S. 127.

[2]) Sehr ähnlich sagt das altschwedische Recht, Uplandslagen, nach der Uebersetzung bei v. Amira S. 184: „Wieviel auch Geschwister sind im Gut zusammen, wird gekränkt das Gut derselben oder gebessert, es gehe auf ihrer aller Theil, solange sie nicht getheilt haben unter einander.“ Hier müssen übrigens für eines Bruders Vergehen die Brüder „alli saman“ büssen.

Digitized by Google

„Verhogen" kann eine Vermehrung des Vermögens sowohl aus sich selbst heraus, als durch Hinzufügung von aussen bezeichnen. Auch sonst scheint der Knappheit der Fassung zu Liebe manche Weiterausführung, die nicht überflüssig war, unterlassen zu sein. Der Satz: „Svat aver en man mit sime wive" etc. hat Bedeutung nur für die Societas omnium bonorum, und erklärt sich hier aus dem zwischen den Ehegatten bestehenden Systeme der Verwaltungsgemeinschaft. Für jede andere Art von Gesellschaft war er überflüssig. Daraus, dass dieser Zusatz nur für Brüder gemacht wird, während im übrigen die Zweitheilung: Brüder und andere Genossen vollkommen gewahrt ist, scheint sich zu ergeben, dass die Societas omnium bonorum nur unter Brüdern, d. h. für die Erbengemeinschaft das Gewöhnliche war. Bei anderen Leuten mochte sie wohl noch vorkommen, liegt auch hier in dem „ir gut" gewiss mit enthalten, fand sich aber in geringerem Masse gegenüber der beschränkten Vermögensverbindung, so dass der Zusatz: „wat .... mit sime wive" etc. hier fehlen durfte. Für die Gesellschaft von Brüdern umfasst der Artikel in dem Worte „Verhogen" sowohl die Gemeinschaft alles gegenwärtigen, wie alles gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens. Alinea 3 ist für Societas omnium bonorum und certae pecuniae von gleicher Wichtigkeit.

Auf demselben Standpunkte der Entwickelung stehen die Goslarer Statuten. Sie behandeln die Societas certae pecuniae als eigentliche Handelsgesellschaft ganz getrennt (Göschen S. 102 Z. 10). Den dem Ssp. I. 12 entsprechenden Artikel widmen sie nur der Societas omn. bon. und behandeln diese in breiter Ausführlichkeit, daher unter völliger Trennung der das gegenwärtige Vermögen („ir gut —, wur mede se dat beteret") und der auch das zukünftige umfassenden („ir gut —, wat se irwervet") und unter Erwähnung der anderen Leute neben den Brüdern. Vgl. Gosl. Stat. ed. Göschen S. 10. Z. 24—31: „War brödere oder andere lüde ere gut to samene hebbet, wat se irwervet, dat is ir aller: wat emme aver mit sineme wive wert, des ne delet er mit in nicht. Wur brödere oder andere lüde ere gut to samene hebbet, wur mede se dat beteret, de vrome is erer aller: dat selve is de scade, of dat sic ergheret. Wat aver enem wert mit sinem wive, des ne darf he mit den anderen nicht delen. Vordobelet ok erer en wat oder vorghift he wat, den scaden ne dorven se ok nicht liden."

Das Rechtsbuch nach Distinctionen, das sich hauptsächlich aus dem Sachsenspiegel und den Goslarer Statuten entnommenen Bestimmungen zusammengesetzt, scheint eine allgemeine Vermögensgemeinschaft nur noch zwischen Verwandten zu kennen. Rb. n.

Digitized by Google

D. I, 42, 1 lautet: „Ab bruder or angestorben erbe mit enander haben, und erhoet sich daz mit orer koste adder mit oreme dinste, daz eyn teyl wol ussewendigk dez landes gewest ist und haben dy gute erkriget, komen dy wedder unde muten erbeteylunge, so ist or frome unde or schade derussen und dorheyme, or aller mit enander. Wulden sy nicht inbrengen, waz sy ussewendig erkregen hetten, so sulden sy erbeteylunge darfen mit rechte. Unde is lantrecht unde wichbilde." Das Rechtsbuch lässt also die „anderen lüde" bei der Societas omnium bonorum ganz fort und beschränkt den Artikel auf die Erbengesellschaft, fasst diese aber als Societas omnium bonorum. Denn sonst fiele der unabhängig vom Gesellschaftsgute gemachte Erwerb in der Fremde nicht in die Gemeinschaft. Die Societas certae pecuniae trennt es, wie die Goslarer Statuten, davon ab.

Die auf den genannten Rechtsbüchern beruhenden Pölmannschen Distinctionen fanden dagegen, obwohl sie alle die Zusätze des Rechtsbuches nach Distinctionen aufnahmen und ausserdem der kaufmännischen Gesellschaft einen längeren Artikel widmeten, doch wieder eine Form, in der sie programmartig der ganzen Lehre ein Bild des gesammten Gesellschaftswesens, wie Ssp. I. 12, vorausschicken konnten. Die Societas omnium bonorum unter „anderen lüden" lassen auch sie darin gänzlich unberücksichtigt. Sie kennen nur Societas omnium bonorum für Verwandte und Societas certae pecuniae für Nichtverwandte. Schon in der Ueberschrift wird beides als „Gemeines Gut, das Brüder miteinander haben auf Gewinn und Verlust" und „verpflichtete Gesellschaft" unterschieden. Pölm. I. 11 lautet:

1. „Wo brüder jr Gut und jr angestorben Erbe oder ander Leute Gut" (also nicht „ir Gut", wie im Sachsenspiegel) „mit einander haben, erhöget sich das mit jren Kosten oder mit jrem Dinste; obwol ein Theil aussen Landes geweesen ist und haben gut erworben.

Kümpt ein theil wider und begeret Erbteilung, so ist der Schade aussen und innen dem Lande jr aller miteinander. Wollen sie denn nicht einbringen, das sie aussen erworben haben, so sollen sie Erbteilung darben von Rechte. So aber sich einer aussen beweibet, was dem mit seinem Weibe wird, das darff er nicht einbringen.

2. Was Erbes gelöset wird oder bekümmert, dieweil der Erblinge jr keiner ausserm Lande ist, wenn er widerkümpt in das Land, das sol er widersprechen in Jar und Tag. Thete er das nicht, darnach so mag er sein nicht widersprechen.

Digitized by Google

3. Verspielt ein man sein gut oder verhurerts oder vergibt er es mit giffte oder mit koste, da seine Brüder oder die ir Gut in gemeine haben, nicht zu Pflichte haben, den Schaden, den er davon nimet, sol sein eigen sein und nicht seiner Brüder, noch seiner Companen, die jr Gut mit jm in Geselschafft haben. Darumb spricht er hie von Brüderschaft und von verpflichter Geselschafft, die jr Gut mit jm haben."

Zu bemerken ist, dass nur der erste Absatz sich auf beide Arten der Gesellschaft bezieht. Der übrige Theil von No. 1 und ganz No. 2 handeln nur von Erbengemeinschaft, während No. 3, wie bei Ssp. I. 12, wieder beide Arten umfasst.

Die vier genannten innerlich zusammenhängenden Quellen, vorzüglich aber die zwei letzten in bewusster Aenderung der ihnen vorangehenden Rechtsbücher zeigen, wie die Societas omnium bonorum als Gütergemeinschaft des gegenwärtigen, sowie des gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens in allmählicher Einschränkung sich auf die Kreise der Verwandtschaft zurückzieht, während für die Gesellschaft zwischen Anderen die beschränkte Gemeinschaft zur Regel wird.

Beispiele der Gründung von allgemeinen Gütergemeinschaften unter Verwandten finden sich in späterer Zeit z. B. in dem Rostocker Stadtbucheintrage v. 1331, Meklb. Urk.-B. VIII 207 Nr. 5237: „Venerunt ad presentiam camerariorum Everardus et Marquardus socii, dicti Nachtraven; fatebantur uno ore dicentes, quod omnia bona ipsorum in hereditatibus, in redditibus et debitis et bonis paratis, foris et intus, ubicunque locorum existencia, ipsis ambobus pertinent equaliter possidendo, excepta una hereditate in platea Piscatorum sita, que Everardo soli pertinet." Im Stralsunder Stadtbuch III. 18 vereinigen sich zwei Brüder durch Vertrag zu einer Societas omnium bonorum für alles gegenwärtige und zukünftige Vermögen dadurch, dass jeder das seine dem anderen überträgt.

d) Beginn des Gesellschaftsverhältnisses.

Die Vertrags-Gesellschaft tritt ins Leben im allgemeinen mit dem Zeitpunkte der Perfection des Vertrages. Zuweilen wird das ausdrücklich ausgesprochen, z. B. vgl. Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. U. B. 90: „desse selschop schal stan van desser tiit an", dgl. bei Jäger, Ulm S. 669 ff. im Vertrag von Weisshaupt und Schreiber.

Ein anderer Zeitpunkt des Beginnes tritt nur ein, wenn ein solcher ausdrücklich ausgemacht wird, wie bei Lörsch, Aach. Rsdkmlr. II. 5: Die am Walpurgistage (1. Mai) 1360 geschlossene

Digitized by Google

„geselschaf sal stain van nu sint Remeys dagh over eyn joir na datum dis briff" (d. h. vom 1. October, Remigiustag, 1360 bis 1. Mai 1361).

e) Terminologie.

Die Gesellschaft heisst in den Stadtrechtsquellen besonders: „(Ge)selschap", „cumpanie", „societas"; auch und besonders in niederländischen Quellen „Maskop(ei)." Die letzte Bezeichnung stammt nach Heineccius, Elem. jur. germ. II. § 407 u. A. von „Magenschaft"[1]) her, und trägt danach die Spuren der Gesellschaftsbildung aus der Familie in sich.

Leider ist die Terminologie der deutschen Quellen auf dem Gesellschaftsgebiete eine durchaus schwankende. Alle die obenerwähnten Bezeichnungen und namentlich die der Gesellschafter als „Gesellen", „Cumpane", „Socii" werden in den Quellen noch in vielen anderen Bedeutungen, besonders zur Bezeichnung von Begleitern, Dienstleuten, Handwerksgesellen gebraucht. Auch das Wort „Mascop" ist nicht auf den Sinn von „Gesellschaft" beschränkt. So bezeichnet es, entsprechend seiner Entstehung, in der Skrae von Nowgorod von 1315—55 Thl. XIII. die Haus- oder Tischgenossenschaft, in der die deutschen Kaufleute auf den hansischen Comptoiren lebten. Vgl. Sartorius II. S. 287: „Vortmer to weme de prester in de mascop kuost" etc.

Die offene Handelsgesellschaft wird meist schlechtweg als „Selschap" oder „Cumpanie" bezeichnet. Ihr wird die Accommenda als „Wedderleginghe" oder „Sendeve" entgegengesetzt, die stille Gesellschaft als „Deel" oder „Deilinghe." Dem „Deel" gegenüber wird das offene Antheilsrecht, besonders an Schiffen als „Part" bezeichnet. Theils um solche Verschiedenheiten auszudrücken, theils der Fülle des Ausdruckes halber, ohne dass eine solche Verschiedenheit zu Grunde liegt, lieben die Quellen die Häufung mehrerer Gesellschaftsausdrücke, wie „cumpanie und sendeve" (Lüb. U. B. I. S. 703/4), „cumpanie noch wedderlecgghinghe" (Sartorius II. S. 400), „selschop noch cumpenien" (Hans. Stahlhof U. CVI. Art. 12), „geselschap van handel oft compaignie" (Antwerp. Compil. IV. 9 § 1 Titel und § 2,11), „selschop in kopenschop offt in scepesparten" (Napiersky S. 236 Not. 5), „wiederlegen noch geselschafft oder Mascopey" (ib. Burspr.

---

1) Nach anderen von „Maat", Genosse. Die heutige holländische Form ist „Maatschappy." Das schwedische Recht, das die Gesellschaft unter dem Namen „bolagh" kennt, bezeichnet den Gesellschafter als „bolaghsmaþer." Vgl. Amira S. 670/1.

Digitized by Google

IX. § 77), „cumpanie ..., dat es to verstane als van wedderleghinge eder gheselscap van copmanschepe“ (Sartorius II. S. 399), „dar part offte deel ane hebben“ (Hans. Stahlhof CVI. Art. 6), „cumpan is oder, den de Sake mede angeith“ (Oelrichs, Rig. R. III. 8), „geselschap, ofte deilynghe“ (Niesert, Münst. U. B. III. S. 208), „gesellschaft oder tail“ (Wiener Neustädter R. b. Winter Cp. 79), „socius vel particeps“ (ib. b. Meiller S. 119), „musschup und vulleselschup“ (Lüb. Zust. Bd. III. 97/98).

Es finden sich indess für die offene Handelsgesellschaft auch schon besondere auf das Wesen dieser Gesellschaftsart eingehende Bezeichnungen, so „rechte gesellschaft“ (Augsbrg. Stdtb. 144 § 2 Al. 1., Pölman Dist. I. 12,1), „rechter gesell“ (Wiener Neustädter R. b. Winter Cp. 83), „mergkliche gesellschafft“ (Kuppener F. 1v. bei Neumann S. 592), „vrye selschop“ (Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. U. B. 90/96), „vera societas“ (ib. Bd. I. U. B. 102 c, d, o), „in vera societate mercimoniali“ (ib. 103 A.), „socii cardinales“ (Studi e Doc. I. 8, Roma S. 21), „specialis conpagnia“ (ib. S. 20). Auch die Worte: „wedderlegghinge hebben stille noch openbaer“ (Sartorius, II. S. 401 Anh. I.) bezeichnen mit „openbaere wederlegghinge“ die offene Gesellschaft. „Widerlegung“ heisst dabei (im Gegensatz zur vorerwähnten Bedeutung: „Accommenda“), wie öfters, jede Hingabe einer Sache zu Gewinn und Verlust, sei es an einen Commendatar oder als Einlage in die Kasse der offenen Gesellschaft. Da nur bei der letzteren alle Genossen eine Vermögenseinlage zu machen pflegen, so wird sie auch als „vulle wedderlegginge“ bezeichnet, so bei Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. 95.

II. Rechtsverhältnisse während der Dauer der Gesellschaft.

1) Persönliche Beziehungen der Gesellschafter zu einander.

Das persönliche Band, das die Gesellschafter umschlingt, ist ein sehr enges, über die Vermögensgemeinschaft weit hinausreichendes. Solange zwischen Gesellschaftern Haushaltsgenossenschaft bestand, Vermögensgemeinschaft also Lebensgemeinschaft war, verstand sich das von selbst, aber auch in der Zeit der Stadtrechte herrschte noch eine daran erinnernde Auffassung von dem Wesen der Gesellschaft. Die Gesellschaft war ein von dem gegenseitigen Vertrauen ihrer Mitglieder getragenes Verhältniss.[1]) Sie musste es bei den unentwickelten Bestimmungen des Gesellschaftsrechtes auch

[1]) Ueber schwedisches Recht vgl. Amira, I. S. 672.

Digitized by Google

sein, wenn nicht anstatt eines gegenseitigen gedeihlichen Unterstützungsverhältnisses Lug und Trug, dem Thür und Thor offen stand, Platz greifen sollte.

In der Auswahl seiner Gesellschafter war man sehr vorsichtig, und einige Rechtsbücher mahnen ausdrücklich dazu, so Purgoldt III. 48: „Wan eyn iglicher sal sich vorsehin, das her in seyner geselschafft habe getruwe, richtige und vorstendige gesellen", ebenso III. 51: „wan eyn iglicher szogethane geselschafft zu eme nehmen sal, der her gloubin und getruwen mag und hat man eme gloubt der her ussgab und innam, szo moes man ome ouch glouben der rechenunge." Dgl. Hach, Lübisches Recht IV. 7: „Welck man mydt enem anderen Selchopp makenn wille, de se wol to weme he sines gudes belovet (vortruwet), wente wat de ene kofft offte vorgifft, dat mot de ander betalen." IV. 8: „De eme dat gudt belouet hefft, de mot em ock de rekenscopp belouen, darumme se ock malck tho wen he sin gudt belouet offte beuelet." Die letzteren Bestimmungen weisen auf eine Verwandtschaft mit dem Consolato del mare hin, dessen Schlussparaphrasen wiederholt lauten: „Perque quascú s'guart à qui comanará son veixell è com è com no" etc. (Pardessus Coll. Bd. II. z. B. Cp. 244 a. E.).

So macht die bei Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. No. 90 geschlossene Gesellschaft aus, „dat een iewelik der selschop sal truwe wesen.... sunder enyge argelist." Bei Jäger, Ulm S. 669 ff. geben sich Weisshaupt und seine Gesellschafter Handtreue an Eides Statt.

Es sind uns in Handelsbriefen, die Gesellschafter mit einander gewechselt, so in den von Hirsch, Danzig S. 229 erwähnten, die neben Handelsnotizen auch Familiennachrichten etc. enthalten, Zeugnisse für das vertrauliche Verhältniss der Socii erhalten. Auch die Gesellschaftsabschluss- und Auflösungsurkunden geben in ihrer Fassung Beweise dafür. Weisshaupt und Schreiber zu Biberach schliessen mit Ditmar zu Ulm (s. Jäger, Ulm S. 669 ff.) eine „freundliche" Gesellschaft. Sie wollen darin „treulich und redlich" üben..., wie es gemeine Gesellschaft Nutz und „Ehre" fordert. Als sich Hultzpach von seinem Socius Haller in Nürnberg trennt (Roth, Nürnb. Bd. I. S. 124), gibt er ihm Danksagung der von ihm erfahrenen „Freundschaft" etc.

Dieses enge persönliche Verhältniss der Socii zu einander hat vielfach auch rechtliche Wirkungen für die Gesellschaft. Bei der Klage zwischen den Gesellschaftern und ihren Erben gilt als Beweismittel nur der Eineid.[1]) Der Zeugen bedarf es nicht, so lange

[1]) Abweichend das Stadsboek van Zutphen aus dem Anfang des 14. Jahr-

Digitized by Google

die Gesellschaft besteht; nach andern Rechten auch noch nach der Auflösung, weil mit der letzteren zwar die vermögensrechtliche Interessengemeinschaft, nicht aber das persönliche Verhältniss der Parteien aufhört. Vgl. Augsburger Stadtbuch 144: „Umb alle Gesellschaft. § 1. Werden gesellen zu krig under einander, das richtet ein burggrav. § 2. Man sol auch wizzen swes ein geselle dem andern laugent, die wile diu gesellescaft ungescheiden ist, da gehoeret chein geziuk uber wan daz ez an jedweders eide stat, swederre dem andern laugente, wan ez rehtiu gesellescaft ist unde zir beider triwen stat. Scheident aber si sich von einander unde gereitent mit einander, swes darnach einer dem andern laugent, daz beziuget einer hinz dem andern wol selb dritte mit den die es gehoert hant unde gesehen. Sturbe aber ir einer, e si sich geschieden von einander, swaer danne hinz im clagt, ez si husfrowe oder chint oder swaer ez waere von sinen waegen, so enmag in niemen beziugen, unde stat hinze sinem eide rehte als ob sin geselle da zegagen stunde."

Lübisches R. IV. 16 (Statuta Stadensia v. 1279 II. 16 b. Pufendorf): „Kumpane etc. ..... unde wolde erer ein dem anderen schuldigen van erer selschop wegen, de schall ene schuldigen sunder tuch, unde de dar schuldiget wert, de mach van sick doen, so vele he wil unde sweren vort in den hilligen."

Purgold III. 51. Bei der „Gesellschaft in Kaufmannsschatze": „Wollen sie sich oder haben sich getheilt und schuldigt einer den andern um Rechnung zu thun, die braucht er nicht mit Leuten oder Zeugen beweisen, sondern mit seinem Eid. Mehr braucht er nicht zu beweisen."

Hamburger Stadtr. v. 1497 (Walch. Bd. VI.) E. VII: Haben Bruder und Schwester oder Kumpane ihr Gut zusammen, schuldigt einer den andern um die „wintschop", so soll er ihn schuldigen ohne Zeugen. Der andere schwört, dass er ihm das seine gegeben habe.

Saalfelder Statuten a. d. 13. Jahrh. (Walch. Bd. I.) Art. 154: „Von Gesellschaft. Beklait ein man den andern umme gesellschaft und hat der einen vormunden und czut sich an sinen vormunt, der vormunt beheldit iz mit sines eygens hant vor di gesellschaft."

Aus den persönlichen nahen Beziehungen erklärt sich auch, wenn mehrere Stadtrechte übereinstimmend festsetzen, dass beim

---

hunderts § 43 (Hordijk S. 59): „Dit is van geselscap. Beclaegt eyn den anderen omme ghebreck als van gheselscap ende segt hi, dat hyt allent gheuit heft, dat hi bi reghte hem uthen solde van der selscap, so sal hi dat waer maken met hem derden."

Digitized by Google

Tode eines Stadtfremden in der Stadt sein in derselben hinterlassenes Vermögen nur seinen Erben, Gläubigern oder seinen Socii ausgeliefert werden darf, — den letzteren aber dem Wortlaute nach allgemein, also auch wenn sie an dem in der Stadt sich befindenden Vermögen keinen Antheil haben. Vgl. Stadtrecht v. 1212 für Enns (Meiller, i. Oestr. Arch. S. 98): „Item statuimus, ut undecumque venerit advena, si moriens de rebus suis ordinaverit, rata maneat eius ordinatio, si vero moriens nichil ordinaverit, cives custodiant bona defuncti annum et diem, infra quod quidem spacium si aliquis venerit, qui se heredem vel socium vel accreditorem legitime ostenderit, eidem absque contradictione assignentur bona defuncti" etc. Dgl. Stadtr. f. Wien v. 1221 (ib. S. 106), v. 1244 (ib. S. 137), Stadtr. f. Haimburg v. 1244 (ib. S. 144), Prager Stadtr. § 108/9 (Rössler, Bd. I. S. 132), Iglauer Stadtr. a. d. 13. Jahrh. Art. 5 (Tomaschek S. 207): „tempore aliquis amicorum vel sociorum cum certis indiciis venerit..." Das Stadtrecht von Wiener Neustadt (ed. Winter) Cp. 83, fordert allerdings ein Vermögensinteresse des Socius: „Chumt iemant in der zeit der da erzaigt und bewaret daz er ..... sein rechter gesell gewesen sei und in daz guet angehoer .... dem gesellen sol man ân all widerred dez toten guet antwurten."

Für die Streitigkeiten der Gesellschafter untereinander bestand eine Klage, die u. A. im Augsburger Stadtbuche 144, den Saalfelder Statuten (Walch.) Art. 154, dem Stadsboek van Zutphen § 43 erwähnt wird. So werden bei Michelsen 248 Gesellschaftsstreitigkeiten dem Oberhof zu Lübeck vorgelegt. Aber die nahen persönlichen Beziehungen der Socii brachten es mit sich, dass sie häufig vorzogen, ihren Streit schiedsrichterlicher Entscheidung zu unterbreiten. So bestimmt die Weisshauptsche Gesellschaft (Jäger, Ulm S. 669 ff.) schon durch den Gründungsvertrag 2 Obleute, die etwaige Streitigkeiten unter den Genossen entscheiden sollen. Für den Fall, dass die 2 Obleute uneinig über die Entscheidung sind, sollen dieselben einen dritten cooptiren dürfen. Der Gesellschaftsvertrag wird bei diesen Obleuten hinterlegt. Auch bei Pauli, Lüb. Zust. I. No. 104 werden Streitigkeiten der Gesellschafter durch die Wahl von Schiedsrichtern erledigt, die hier eine Theilung zwischen den Socii zu Stande bringen. Ueber Schiedsrichter bei der Theilung überhaupt s. unten S. 92.

Bei Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. No. 92 v. 1461 findet sich auch noch nach der Auflösung der Gesellschaft, da diese noch nicht durch Lösung aller Verhältnisse vollzogen ist, die Socii noch nicht „qwyt" sind, eine schiedsrichterliche Entscheidung: „Witlik sy dat schelinge sint gewest twisschen Hermen Walbom, up de ene, unde Wilhelme

Digitized by Google

Nigenborge, upp de anderen syde, alse umme 400 Mark lub., de desulffte Wilhelm deme gesechten Hermen van zelsschopp wegen schuldich is, na inneholde ener schrifft hiir bevoren anno LX° Letare gescreven — — —. Darumme ze denne vormiddest fruntliken degedingen des ersamen hern Johann Hertze, radmans to Lubeke unde der beschedenen manne" — folgen 5 Personen — „sint vorliket to eneme gantzen vullenkomen ende in nabescreven wyse, also dat de erscreven Wilhelm unde sine erven deme Hermen unde zinen erven scholen vorwissen unde vornogen nu uppe paschen negest komende hundert mark lub. unde vor de andern nastanden drehundert mark lub. hefft he deme Hermen unde sinen erven geset unde vorpandet zine zelsschop, de he hevet mit Hinrike Bullen unde Volmer Loppenstede mit Hanse Oderpe unde Bertolde Heitman, zyk dar ane to holden unde betalinge der erscreven dryer hundert mark dar ane to sokende. Unde weret, dat Wilhelm der 300 mark sulves betalinge dede, so scholen de erscreven zelsschop qwyt, leddich unde losz wesen."

In den Beschlüssen des deutschen Hofes in Nowgorod von 1346 wird unter Anderem bestimmt (Sartorius, I. S. 147): Bei 10 Mark Silber Strafe sollen nicht 2 Brüder oder die Geld in Gemeinschaft haben, in der Kirche zusammen schlafen oder daselbst Wache halten. Wahrscheinlich sollten sich die Wächter zugleich gegenseitig beaufsichtigen und persönlich so nahe verbundene Personen hielt man dazu nicht für geeignet.

2. Vermögensrechtliche Beziehungen der Gesellschaft unter einander im allgemeinen.

Noch enger als das persönliche Vertrauensband ist die vermögensrechtliche Verbindung zwischen den Gesellschaftern, die sich auf der persönlichen Grundlage aufbaut. Sie erstreben die Vermehrung ihres Vermögens durch gemeinsame Mittel und Thätigkeit. Ihre Vermögensinteressen sind daher mindestens, soweit die Vermögensgemeinschaft reicht, die gleichen. Wenn also einer der Socii in einem Processe über gemeinsames Vermögen als Partei auftritt, so ist der andere nicht befähigt, in dem Processe eine objektive Stellung einzunehmen, als Zeuge darin aufzutreten. So nach dem Stadtrecht für Wiener Neustadt a. d. 13. Jahrhundert (ed. Winter) Cp. 79: „Ein gesell der mit ainem andern gesellschaft oder tail hat etzleichez chaufez ader gutez oder etzleichz anderz dingez, der mag dez selben seinez gesellen zeug niht gesein."

Digitized by Google

Ebenso nach dem Münchener Stadtrecht von 1347 § 85 (Bair. Ldr. § 325): „Wer tail oder gemain an der chlag hat, darumb er zeuch solt sein, die mügen all nicht zeug gesein." Dgl. nach den Bremenschen Statuten unde Ordelen von 1433, Ordel 17 und den Statuta Verdensia 103 (s. beide bei Pufendorf, Bd. III. u. I.): „Schuldigt einer den andern um Geld oder andre Sache und der Schüldinge kommt to Tügen und der Beschuldigte gibt den Zeugen schuldt, dat se deel an der sake hebben oder Cumpanie sin in dem Geld oder in der Sache. Können sie des vollenkamen, so moegen sie dem Kläger nicht zeugen helfen." Dgl. nach Oelrichs, Rigisches Recht III. 8 (Stat. Hamb. VII. 16. Stat. Stad. VII. 13): „Idt mach sich keyn man entschuldigen umb Klage myt den Lüden de myt an Floke und Ferde weren. Idt mach ock nemant tügen up den anderen up jeniger hande Sake van schulde myt dem he eyn kumpan is, oder den de Sake mede angeith." Deshalb bestimmen auch die Beschlüsse des deutschen Hofes in Nowgorod von 1346 (Sartorius I. S. 146): Niemand gehe allein mit seinem Bruder oder mit dem, mit welchem er in Handelsgesellschaft steht, oder mit seinem Knechte auf einen Kauf aus. — Denn wenn Streit entstände, würde es ihm an gültigen Zeugen fehlen.

Da die Gesellschaft eine gemeinsame Verfolgung vermögensrechtlicher Interessen durch gemeinsamen Handelsgeschäftsbetrieb bezweckt, so sollte es den Mitgliedern eigentlich verboten sein, durch Einzelgeschäftsbetrieb die Gesellschaftsinteressen zu schädigen. Dennoch findet sich kein allgemeines Concurrenzverbot für die Gesellschaften in den Stadtrechten. Im Gegentheil war es sehr üblich, dass ein Kaufmann mit Vermögenseinlagen mehreren Gesellschaften zugleich angehörte. (Vgl. Pauli, Lüb. Zust. Bd. I. S. 137 ff.) Gesellschaften aber, die — und soweit sie — mehr auf die persönliche Thätigkeit ihrer Mitglieder im Gesellschaftsinteresse, als auf Vermögensbetheiligung gerichtet waren, liebten es, durch den Gesellschaftsvertrag allen, oder wenigstens den thätig betheiligten Mitgliedern die Concurrenz mit der Gesellschaft zu verbieten. So bestimmt der Gründungsvertrag der Weisshauptschen Gesellschaft, dass keiner der Betheiligten während der Dauer der Gesellschaft ein Gewerbe oder Hantierung für sich selbst betreiben dürfe ohne besondere Vergünstigung der anderen, um des gemeinsamen Interesses willen. (Jäger, Ulm S. 669 ff.) Ebenso wird bei Lörsch (Aach. Rsdkmlr. II. 5) in einer Weinhandelsgesellschaft der einzige betheiligte Weinkaufmann von der Concurrenz ausgeschlossen. „Vort geloif ich Johann Heyfstrijt egeyn ander keumenschaf mit wyn ce driven, dan in disser geselschaf

Digitized by Google

vorschreven." Dgl. heisst es in dem bei Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. No. 95 sich findenden Gesellschaftsvertrag: „Unde de vilgenomet Gerd schal noch en wil mit nemande anders selschup hebben, id en zy mit des erscreven. Cordes vulbord unde willen, so sich Gerd des vorwillekord heft." Dem entsprechend darf auch in der bei Falke Bd. II. S. 51 genannten Nürnberger Gesellschaft keiner in der verabredeten Zeit mit Anderen in Gesellschaft oder selbständig handeln, sondern alles, was einer mit Kaufmannshändeln gewinnt, soll gemeinsam sein. Denselben Sinn hat es auch, wenn es bei Pauli, Lüb. Zust. Bd. I. No. 102e heisst: „Wasmodus filius Wasmodi de Wismaria habuit C et XXX Mr. arg., ad quas ei posuit Conradus de Atenderen C et XXX Mr. arg. in societate, qui W. dicebat se non habere aliqua bona mercatoria extra ista."

Wenn die Leipziger Rathscommission 1464 bestimmt (U. B. der Stdt. Lpzg. Bd. I. No. 383): „Item es mag ein burger mit einem usslendischen gaste geselschaft haben .... Item der burger mag auch dorbei wol einen sunderlichen handel haben" etc., so bezieht sich das natürlich nur darauf, dass von Stadtwegen nichts dagegen einzuwenden ist, steht aber einem vertragsmässigen Ausschluss der Concurrenz nicht im Wege.

3. Firma.

Die einzelnen deutschen Handelsgesellschaften pflegen im Mittelalter noch keinen festen Namen (Firma) zu führen. In den Urkunden werden sie gewöhnlich so bezeichnet, dass entweder alle Socii neben einander aufgeführt werden mit dem Zusatze „Socii" oder dergleichen, oder so, dass nur der Name des geschäftsführenden Socius genannt wird mit dem Zusatze: „und seine Gesellschaft." Diese Art der Bezeichnung erscheint jedoch als eine im einzelnen Fall willkürlich gewählte, die für die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft gegen Dritte von keiner Bedeutung ist. Eine eigentliche Firma findet sich erst im späten Mittelalter, früher nur als Ausnahme. Schon ca. 1300 haben eine solche Firma die Goslarer Statuten 102, 10: „Wert en samentname ghenomen, wert des wat ghegulden, dat schal men under in delen na marktale. Vorsoke men aver weme der name, deme dochte men nicht ghelden. Gülde men aver emme sunderliken mit unterschede, de ne dochte mit den anderen nicht delen." In der Befugniss zu firmiren liegt das Recht, die Gesellschaft zu vertreten. Im Zweifel hat dieses jeder Gesellschafter. Soll es ihm entzogen werden, so geschieht es daher durch Ausschliessung von der Führung der Gesellschafts-

Digitized by Google

firma. Diese ist zulässig, muss aber ausdrücklich geschehen. Durch die Firma erscheint die Gesellschaft als eine formelle Einheit Dritten gegenüber. Unter ihr empfängt sie als solche Zahlungen, und das wird ausdrücklich von der Zahlung an die einzelnen Socii unterschieden. — Unter der Firma kann die Gesellschaft auch in Processen auftreten. Das scheinen zu sagen Gosl. Stat. S. 84, 30: „Klaghet mer lüde denne en uppe ene samentklaghe, wert uppe dene en wedde irdelet de weddet umme ene sake en wedde unde ghift in allen ene bute. Klaghet se manlik sunderliken, alse mannich wedde unde bute, of se irworven werdet, alse recht is.“ In dem auf den Goslarer Statuten beruhenden Rechtsbuche nach Distinctionen fehlt der Satz der Gosl. Stat. 102, 10 ganz. Die Bestimmung der Goslarer Stat. 84, 30 ist im Rb. nch. Dist. zwar aufgenommen, aber ohne den Zusatz: „Sament“(klage). Der Verfasser des Rb. will allgemein sächsisches Stadtrecht darstellen und der Umstand, dass er die Gesellschafts-Firma ganz fallen lässt, beweist, dass dieselbe noch nicht weite Verbreitung gefunden hatte. — Eine durch den Societätsvertrag festgestellte Firma, wenn auch aus späterer Zeit, findet sich z. B. bei der von Falke Bd. II. S. 51/334 erwähnten Nürnberger Gesellschaft von 1541. Diese Gesellschaft besteht aus vier Mitgliedern, doch wie es scheint nur aus drei offen betheiligten. Die verabredete Firma trägt die Namen dieser drei in sich. Sie lautet: „Michel Behaim, Bernhard Geisler und Jorg Scheurl.“ Danach ist die Gesellschaftsfirma zugleich der kaufmännische Name der einzelnen Socii. In Lübeck findet sich selbst im 16. Jahrhundert noch keine Firma. (Vgl. Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. S. 39. No. 1.)

Ein theilweiser Ersatz für das Fehlen der Societätsfirma lag in anderen Societätszeichen. Die „Merke“, das Waarenzeichen jedes Kaufmannes wandte man auf die Gesellschaft an, indem man bald die Merke eines der Socii auch zur Zeichnung der Gesellschaftsgüter benutzte, (— So geschieht es z. B. 1447 bei den Waaren, die einer Gesellschaft von zwei Danziger und zwei Cölner Kaufleuten gehören. — Vgl. Hirsch, S. 225/6) oder indem man die „merken“ aller Socii zugleich auf die Societätswaaren setzte. Vgl. Hirsch ib. und Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. No. 95: „dat sodane terlingk“ (4eckiger Ballen) „laken darinne wesende 25 Bredepeppersche mit erer beder merke getekent in de Revelschen bardesen geschepet.“

Digitized by Google

4. Einlagen und Societätsfonds.

Die Gesellschafter betheiligen sich an der Gesellschaft durch Einlagen an Capital oder durch Arbeit oder durch beides. Die Capitaleinlagen werden gewöhnlich sogleich bei der Gründung der Gesellschaft gemacht, „hovetstol“ genannt im Gegensatz zur späteren „wynnynge“ (vgl. Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. No. 90 und öfters). Boemus, mor. leg. rit. omn. gent. (Goldast, p. 26): „Societatem ineunt ac certam pecuniae summam quisque ponit.“

Meist sind die Capitaleinlagen der verschiedenen Socii von gleicher Höhe (z. B. Pauli, Lüb. Zust. Bd. I. No. 102e. III. 90 etc.). Bei quantitativ verschiedenen Einlagen stehen diese zur bequemeren Berechnung von Gewinn und Verlust häufig in einem leicht berechenbaren Verhältniss, z. B. 1 zu 2 b. Pauli L. Z. I. No. 102c (a. 1311): „Hinricus Hovesche habuit LXV Mr. argenti, ad quas ei posuit Helmericus Pape C Mr. arg. et XXX Mr. arg. in vera societate.“ Dgl. ib. 102o. Ebenso im Stralsunder Stadtbuch IV, 169, wo der eine $^2/_3$, der andere $^1/_3$ der Kosten eines Schiffsbaues übernimmt. Auch in der bei Lörsch u. Schr. U. 2. Aufl. No. 278 citirten hansischen Urkunde, wo nach den unten S. 58 auszuführenden Grundsätzen wenigstens für den Verlust die Vertheilung im Verhältniss von 2 zu 1 anzunehmen ist. Die Einlagen betragen hier 50 und 25 Bremer Mark.

Quantitativ und qualitativ verschiedene Einlagen finden sich z. B. bei Lörsch, Aachner Rsdkmlr. II. 5: „Kunt si allen luden, dye dissen bryf ainsin of horen lesen, dat Werneir Dorcant in Koljin Buc in Johan Heyfstrijt, burgere van Achen, sich verdragen hain eynre geselschaft mit vogen asse herna geschreven steyt. Dat is zu wessen, dat dye vorschreven Werneir in Kolijn Buc solen inlegen in dy geselschaf 600 swoir golden in Johan Heyfstrijt sal inlegen 200 swoir golden in dy geselschaf, in vort sal Johan Heyfstrijt sinen kelre inlegen in dij geselschaf, los in ledich, ain widderspreche. Vort sal Kolijn Buc den kelre zu Kleve inlegen vor 50 golden des joirs, in dat gelt sal man usheven usser unser geselschaff. Vort so in sal dit gelt nirgen aingelait werden, dan ain wijn in unser geselschaf. Vort geloif ich Johan Heyfstrijt, egeyn ander keumenschaf mit wijn ce driven, dan in disser geselschaf vorschreven, in disse geselschaf sal stain van nu sint Remeys dagh over eyn joir na datum dis brijf. Vort weirt saghe dat dat geviel, dat Werneir in Kolijn leinden in dye geselschaf eynich gelt me, dan dy vorschreven summe, dat solen si widder usheven, wanne dat si willen, oin widdersproch Johans. Vort so in sal

Digitized by Google

Werneir noch Kolijen noch Johan Heyfstrijt egenre kunne gelt usser dysser geselschaf nemen, dan asse unse joir us sint. Ume steytgeyt der wareyt in alle dys brijfs punten fast, stede in unvorbruglich ce halden, so hain wer Werneyr, Kolijn in Johan Heyfstrijt unse ingesiegel ain dyssen bryf gehanen. Geschreven du man schreyf van goits geborde 1360 joir up sin Walburg dagh."

Die Ueberlassung der Einlagen an die Gesellschaft geschieht nicht immer zu Eigenthum. So geht in der eben erwähnten Aachener Urkunde, wie es aus der ausdrücklichen Hervorhebung im ersten Falle sich ersehen lässt, nur der Keller des Heyfstrijt in das Eigenthum der Gesellschaft über, der Buc's ist nur Nutzungseinlage.

Die sofortige Einzahlung der Einlagen ist nach dem allerdings späteren Purgoldt nicht nöthig. Purg. III. 46: „Ab zwene drye adder mer luthe eyne geselschaft auf kaufmanschaft gliche machen", da ist auch der Gewinn und Verlust gleich. „Ab das von en vor nicht vorczalt und mit redin geluttert werdit, so ist es doch in dem rechtin glich also .... Das ist Institutionen und Stadtrecht."

Zuweilen wird es Gesellschaftern erlaubt, spätere Mehreinlagen zu machen, die ihnen auch einen höheren Gewinnantheil gewähren, so in der Aachener Urkunde (Dkm. II. 5): „Vort weirt saghe dat dat geviel, dat Werneir in Kolijn leinden in dye geselschaf eynich gelt me, dann dy vorschreven summe, dat solen si widder usheven, wanne dat si willen, oin widdersproch Johans." Desgl. bestimmt der Weisshauptsche Gesellschaftsvertrag (Jäger, Ulm S. 669 ff.), der U. L. Fr. Lichtmess 1491 geschlossen wird, dass vom Jacobitag 1491 an den Mitgliedern erlaubt sein solle, auch mehr als verabredet einzulegen, unter erhöhtem Gewinn- und Verlustantheil.

Die gemachten Einlagen dürfen während der Dauer der Gesellschaft nicht aus derselben zurückgezogen werden. Vgl. die erwähnte Aachener Urkunde (Rsdkmlr. II. 5): „.... egenre kunne gelt usser dysser geselschaf nemen, den asse unse joir us sint", ausser den gemachten Mehreinlagen. Nach dem Weisshauptschen Vertrage dürfen (Ulm v. Jäger S. 669 ff.) weder Haupt- noch Mehr-Einlagen herausgenommen werden, ausser wenn es eines Socius oder seiner Erben Nothdurft erfordert, aber auch dann höchstens 100 rhein. Gulden.

Die Einlagen der Gesellschafter bestehen regelmässig in Geld oder anderen Sachen. Doch findet sich als Einlage auch die Ueberlassung von Forderungen an die Gesellschaft, wie die einer Darlehnsforderung in der bei Lörsch u. Schr., U. 2. Aufl. No. 296 sich findenden hansischen Urkunde: „Unde de vorscreven tein

Digitized by Google

mark unde de dertich mark sint gekomen in unser beider selschap de wi tô hôpe hebben."

Bei der Societas omnium bonorum besteht die Einlage in der Einbringung des ganzen Vermögens der Contrahenten, falls nicht ausdrücklich eine Ausnahme statuirt ist, wie in dem Rostocker Stadtbucheintrag 5237: „excepta una hereditate in platea Piscatorum sita, quae Everardo soli pertinet."

Die Gesammtheit der Einlagen bildet den Societätsfonds.[1]) Ueber die Rechte der Gesellschafter an demselben wird unten noch zu sprechen sein. Er bildet ein den Zwecken der Gesellschaft speciell gewidmetes Vermögen. Aach. Rsdkmlr. II. 5 sagt: „Vort so in sal dit gelt nirgen aingelait werden, dan ain wijn in unser geselschaf." Statt der Einlagen der Socii wird in Gesellschaftsverträgen öfters nur die Höhe des Societätsfonds bestimmt, der sich dann aus proportionellen Beiträgen der Gesellschafter zusammensetzt. So wird Strals. Stadtbuch eine Gesellschaft auf 24 mrc. den. geschlossen. Dgl. Pauli, Lüb. Zust. I. No. 102i unter Einschätzung der dazu gehörigen Waaren in Geld.

Der Gesellschaftsfonds ist von dem Privatvermögen der einzelnen nicht so streng geschieden, wie nach dem deutschen Allg. Hdls. Gesb. Wenigstens scheint eine Exekution der Privatgläubiger der einzelnen Gesellschafter in das Societätsgut zulässig zu sein.[2]) Als 1391 (s. b. Mone, Zsch. IV. Bodenseestädte No. 9) einem Ravensburger drei Ballen Leinewand in Venedig mit Beschlag belegt sind, weil der dort verschuldete „Conr. Segelbach habeat in predictis pallis partem aliqualem", und ebenso als (s. ib. Zusatz Mones zu No. 13) Waaren der zwei Albert Kirchherren von Constanz beschlagnahmt werden unter dem Vorgeben, der Constanzer Burkart Wiener habe Theil daran, wird in beiden Fällen von den Betroffenen nur versichert, dass sie keine Gesellschaft mit den von den Venediger Gläubigern gemeinten Personen hätten. Davon, dass auch im Falle des Bestehens einer Gesellschaft mit den

---

[1]) Eine singuläre Art der Bildung des Societätsfonds enthält Höhlbaum, Hans. U. B. Bd. II. 587: „Omnibus presens scriptum cernentibus Florekinus civis in Narwia salutem in Domino sempiternam. Tenore presencium publice recognosco, quod consanguinei mei dilecti videlicet Bertoldus de Corbes et Bertoldus de Ellevere societatem mecum facientes nullis aliis ab extra nec consulibus nec concivibus Revaliensibus ad hoc vocatis taliter convenerunt, quod mihi 12 lastas siliginis commiserunt medietatem ipsarum titulo vendicionis mihi dimittendo in communem omnium nostrum dampnum et lucrum versus Stocholmis in mea navi propria deferendas" etc.

[2]) Bei der Geschwistergemeinschaft ist nach schwedischem Recht die Exekution in das ungetheilte Gut der Gesammthänder zulässig. (v. Amira S. 184.)

Digitized by Google

Schuldnern von einer Beschlagnahme der Societätsgüter durch die Privatgläubiger keine Rede sein könne, wird in beiden Fällen nichts erwähnt. Derselbe Gedanke scheint auch Pölmans Dist. I. 12, 4 zu Grunde zu liegen: „Würde auch einer“ (d. h. ein Gesellschafter) „Flüchtig von Schade wegen, also das Gut seiner Geselschaft gehindert wird, so ist jre Geselschaft aus und mögen sie den flüchtigen Gesellen sich zu gestellen, sich zu verantworten und vorwissen, das sie führen ihr Gut, wo sie wollen; mögen sie auch das nicht thun, so sollen sie das Gut da lassen, bicz das man in antreffen mag auf ein Recht. Wollen sie sein auch leugnen“ (d. h. wohl: die Gesellschaft mit ihm leugnen), „sie behalten jr eigentliche Gewerve, auf den Heiligen, Jeglicher besonderen, sind das er abtrünnig ist.“ Dagegen haben nach den Antwerpener Compilatae von 1608 Thl. IV. Tit. 9 § 2 No. 25—27 die Privatgläubiger kein Exekutionsrecht auf das Societätsvermögen, ausser auf den nach Bezahlung aller Gesellschaftsgläubiger bleibenden Rest desselben.

5. Vertheilung von Gewinn und Verlust.

Gewinn und Verlust, die mit dem Gesellschaftsgute gemacht werden, sind allen Socii gemeinsam. Das wird sowohl gesetzlich als vertragsmässig, sowohl für die Ganerbschaft, als für die offene Handelsgesellschaft im besonderen sehr häufig ausgesprochen. Ssp. I. 12: „Verhoget se dat mit irer kost oder mit irme deneste, de vrome is ir aller gemene; dat selve is de scade.“ Gosl. Stat. 10, 24: Wat se irwervet, dat is ir aller .... Wur mede se dat beteret, de vrome is erer aller: dat selve is de scade, of dat sic ergheret.“ Rb. n. Dist. I. 42, 1: „erhoet sich daz mit orer koste adder mit oreme dinste ....., so is or frome unde or schade, derussen unde dorheyme, or aller mit enander.“ Pölm. I. 11, 1: „erhöget sich das mit jren Kosten oder mit jrem Dinste, obwol ein Theil aussen Landes etc. ....., so ist der Schade aussen und innen dem Lande jr aller mit einander.“ Pölm. I. 12, 1: „Eine rechte Gesellschaft ist die, wo Leute ihr Gut in Gemeine bringen .... auf Gewinn und Verlust in kaufen und verkaufen.“ Stat. Stad. II. 16 (Hamburger R. v. 1270. III. 16, dgl. v. 1292 H. 20. v. 1497 E. 7): „Hebbet sustere ofte brodhere ofte kumpane ere goet tosamene (Hamb. R.: to hope) unde winnet se wot, that is erer aller vrome, unde verleset se wot, that is erer aller scadhe.“ Lüb. R. IV. 16: „Hebben Broder und Schwestern oder Cumpane ir gut to hope, se winnen wat se winnen, dat is er frame, vorleesen se ock

Digitized by Google

van dem gude, dat is er schade." Augsb. Stadt-R. Zusatz zu 144: „Kauffent zwen man ein gut mit einander und sint gesellen darzu, wirt das ansprach, daz si schaden daran nement, von swelhen dingen daz geschiht, den schaden suln si beide mit einander haben. Mugen aver si jemen vinden, der in ir schaden mit recht ablegen sol, der sol in davon helfen." Lünebg. Stadt-R. (Kraut. S. 50 21tes Stück): „Sete en man na sines wives dode mit sinen kinderen an unghescheden eme gude, beterde sich dat gut in der samenden hand, den vromen scholde mede hebben de kindere mit deme vadere. Ergherde sich och dat gut in der samenden hand, den schaden scholden se mede hebben."

Die Berechnung von Gewinn und Verlust erfolgt, wenn nichts anderes verabredet ist, „na marktale" (Markzahl), „pro rata portione", im Verhältniss der Capital-Einlagen, so nach Gosl. Stat. 102, 10: „Wert en samentname ghenomen, wert des wat ghegulden, dat schal men under in delen na marktale." Vgl. auch Purgoldt III. 46: „Legit aber eyner unde en 2 teyl adder meher, der sal dan 2 teyl der wynnunge adder vorlust authnemen .... Das ist Institutionen und Stadtrecht." Dasselbe wird in den meisten Verträgen, die überhaupt über Gewinn und Verlust etwas bestimmen, verabredet, z. B. bei Pauli, Lüb. Zust. Bd. I. No. 102a (a. 1311): „Notum sit, quod Conradus de Heidhe posuit LXXX Mr. argenti puri, ad quas posuit Thidericus Repere XL Mr. argenti puri, ita quod de lucro, quod Deus in hiis dederit, tollat ipse Conradus duas partes et Thidericus tres partes." Ib. I. No. 102g (a. 1311): „Notum sit, quod Gerardus Russe posuit D Mr. arg. et Godscalcus de Rene posuit D Mr. arg., in quibus D Mr. ipsius Godscalci habet Rolf de platea piscium CCC Mr. den., ad acquisitionem et perditionem secundum marktal."

Für den Gewinn findet sich eine andere Art der Vertheilung z. B. Lüb. R. II. 197 (von 1294): „De den andern wederleg an kumpanie. Wederleghet jemen den anderen in cumpanie (selschop) so wane se schichten scholen is dar hovetghut unde winninge, so schal he to uoren up boren, dat he to voren heuet ut gheleghet, dat andere scholen se like delen; is dar min den hovetgut, so scholen se dat schichten, alse se it to samene geleghet hebbet na marc tale." Diese Art der Berechnung bezieht sich jedoch nur auf den Fall, dass einer der Gesellschafter als Geschäftsführer das gemeinschaftliche Gut umtreibt. Es liegt dann eine der Accommenda ähnliche Gesellschaft vor. Den Haupttheil des Gesellschaftsvermögens legt hier meist der nichthandelnde Socius ein. Der geringere Antheil des anderen und seine damit verbundene Betheiligung am

Digitized by Google

Verlust soll denselben nur zu grösserer Sorgfalt im Geschäftsbetriebe veranlassen. Die Gewinnvertheilung ist daher ähnlich der bei der Accommenda, wo Halbtheilung als Arbeitslohn für den Commandatar sehr beliebt war. Dennoch charakterisirt sich die Gesellschaft in solchem Falle als offene mit Capitaleinlage des einen, Arbeits- und Capitaleinlage des anderen Socius. Vgl. z. B. auch Hirsch, Danz. S. 226 (Gottschalk und sein Principal). Ueberhaupt wird, wenn nur einer der Socii Arbeit einlegt, häufig dadurch eine Aenderung in der Gewinnzumessung bewirkt, während der Verlust entsprechend der Höhe der Capitaleinlagen vertheilt wird. So Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. 89: „Hans Buschmann vor syk unde vor sine erven vor deme boke hefft bekannt, dat he van Lodewyge Greveroden hebbe entfangen twedusent mark Lubesch, van olden Alve Greveroden, borgere tom Sunde, twedusent mark Lub., van Hinrike Greveroden vyffteinhundert mark Lub. hir to hest de erbenomede Hans Buschmann gelecht hundert unde tachtendich mark lub. Mit desseme Gelde scal Hans Buschmann copslagen vormides rade unde hulpe Hinrikes Greveroden; unde Hinrik Greverode scal Hans Buschmans hovetman hirover wesen in sodaner wyse; efft syk Hans nicht wol enregerede, so scal Hinrik macht hebben, Hanse aftosettende unde ene andern in Hassen stede wedder to nemende. Desse vorscrevene seltschop sal duren unde stan dree jar langh, unde we denne van deme andern wil, de sal deme anderen tosecgen tom veerden jare up wynachten afftoschedende; unde wan de schedinge denne togheyt, so scal en yszlyk sin angelechte gelt tovoren utnemen; wes denne gewinnen is, dar sal Buschman den twölfften pennyng van hebben, unde wes denne vorder van wynnynge blyfft, dat sal Hinrike Greverode halff hebben, unde de andern helffte solen Lodewyk und Alff Greverode, brodere, lyke delen under ene beyden.“ (Niederstadtbuch 1440. Symonis et Jude). In einer bei Lörsch u. Schr., U. 2. Aufl. No. 278 citirten hansischen Urkunde wird dem nur ein Drittel des Gesellschaftscapitals einbringenden geschäftsführenden Socius mit Rücksicht auf seine Arbeit die Hälfte des Gewinnes bewilligt: „Wi Hinrîk van der Hûde unde Mauricius van Delmenhorst bekennen apenbâre in dessen serter, dat wi selschup to samende ghemaket hebben under anderen in aller wise alse hîr nâscreven steit: alsô dat Hinrîk van der Hûde heft ût ghedâen viftich Bremer mark, dar Mauricius jheghen dâen heft 25 Bremer mark. Unde ik Mauricius vorbenompt hebbe dit vorscreven ghelt under handen uppe unser beider winninghe unde eventûre. Wêre ôk dat unser ein van dem anderen wolde unde de selschup sliten, sô schal Hinrîk

Digitized by Google

van der Hûde sine 50 Bremer mark unde Mauricius sine 25 Bremer mark tovoren afnemen, unde wat dar over is van winste, dat schole wi like dêlen. To êner orkunde sint desse serter twe de êne ûte den anderen sneden. Anno Domini 1426." In der Weisshauptschen Gesellschaft gibt einer seine Gewölbe, Stallungen und die hintere Stube seines Hauses zum Betrieb der Handlung her. Desgl. unterhält er die nöthigen Knechte mit Essen und Trinken. Dafür lassen ihm seine Gesellschafter 300 rhein. Gulden in der Gesellschaftskasse liegen, deren Gewinn ihm bei jeder Jahresrechnung zugetheilt wird (Jäger, Ulm S. 669 ff.). Auch Purgoldt erkennt für diesen Fall die Zulässigkeit höherer Gewinn- als Verlustantheile an. Purg. III. 46: Dass aber der, der zwei Theil einlegt oder den andern von ihrem Theil etwas erlegt, mehr am Gewinn als am Verlust Theil nehme, ist nicht erlaubt, ausser, wenn er die Arbeit thut und so kann mit Recht einer am Gewinn Theil nehmen ohne Einlage in Geld noch keinerlei Habe gemacht zu haben. Das ist Institutionen und Stadtrecht.

Kuppener, Schr. v. Wucher C. 4 (Neumann S. 590), dagegen verlangt, dass der arbeitende Socius ebenso grossen Antheil am Verlust, wie am Gewinn nehme: „Gefelet ein frag des rechten. So yr czwene adir drey in einer kauffmannschatz ein geselschaft machen, also das czwene das gelt solche kauffmannschatz czu treiben legen, der dritte legt unn thut die erbeit mit handeln vnn wandeln vnn wirt der gewin czu gleich auff die persone ausgeteilt, ab solcher contract im rechte bestendig ergrunt vnn czu gelassen ist. Darauff antwurte ia, nach besage des hochgelerten Gotfredi in seiner summa vornim, als ferne sie czu gleich gewin vnn verlust tragen, vnn also der beide czu gleicher fare stehen"; nicht aber, wenn einer nur Gewinn empfängt, nicht auch Verlust und Gefahr mitträgt.

Nicht immer wird dem arbeitenden Socius ein höherer Ertragsantheil bewilligt, z. B. nicht in Pauli, Lüb. Zust. Bd. I. 102 h: „Conradus de Atendorn et Conradus de caspele composuerunt pecuniam suam quilibet LX Mr. arg. ad dimidiam fortunam et acquisitionem, que bona amborum nomine dictus Cunradus gubernat, pannos in domo pannorum incidens." Ausdrücklich wird ausgemacht, dass die Gesellschafter den Geschäftsbetrieb ohne besondere Vergütung aus der Gesellschaftskasse übernehmen sollen, in Pauli, Lübecker Zust. Bd. III. 90: „... vrye selschop hebbet gemaket under en dreen to hanteren unde nymant kost up to doen, dan dat ungelt, dat up de gudere kompt" etc.

Die Gewinnvertheilung erfolgt, wenn keine anderen Termine verabredet sind, bei Auflösung der Gesellschaft, so Lüb. Zust. Bd. I. No. 89.

Digitized by Google

6. Recht der Gesellschafter am Societätsgut.

Was die Rechte der Gesellschafter am Societätsgute angeht, so wird die Gesellschaft in den sächsischen Quellen regelmässig mit der Ganerbschaft auf eine Stufe gestellt. Es heisst von Ganerben und Gesellschaften, dass sie „(ir) gut tosamene hebben" (Ssp. I. 12) oder „in ainem, mit im gemene, in samender hant hebben"; „gut in gemeine bringen" (Pölm. I. 12, 1); „in casa communi remanere" (Ed. Roth. 167).

Das so bezeichnete Rechtsverhältniss der Ganerben und Gesellschafter zum Gesellschaftsgute ist Miteigenthum zu ideellen Theilen, kein sg. Gesammteigenthum. Denn wenn auch faktisch der Gedanke an die Antheile der Genossen am gemeinschaftlichen Gut in den Hintergrund treten mag, ihre rechtliche Stellung zum Gesammtgute wird dadurch nicht verändert. Die sächsischen Quellen, wie Ssp. I. 12 deuten in den hierhergehörigen Stellen selbst die ideelle Mitberechtigung der Gemeiner an, indem sie bezüglich des Eingebrachten der Frau hervorheben: „Des ne delt he mit sime brudere nicht." Sie sprechen dadurch aus, dass das übrige in der Gemeinschaft befindliche Gut zwischen den Genossen getheilt sei, d. h. zu ideellen Antheilen ihnen zugehöre. Deutlich tritt auch in anderen Quellen die ideelle Mitberechtigung der in fortgesetzter Erbengemeinschaft stehenden Personen hervor, z. B. in Cölner Geschichtsquellen von Ennen und Eckertz 3, 241 No. 277: „Notum sit quod Ludolfo" etc. (— folgen 4 Namen —) „pueris Paini ex morte parentum cuilibet ipsorum accidit quarta pars domus et aree, dictae domus quondam Schinken . . ., que nunc dicitur ad Circulum, ante et retro, subtus et superius, prout ibi jacet, ita quod quilibet eorum suam pro indiviso optinebit et divertere poterit." Dasselbe gilt aber für die Handelsgesellschafter.

Der Begriff der Mitberechtigung zu ideellen Theilen schliesst im allgemeinen die Verfügungsfreiheit des einzelnen Genossen über seinen Antheil nicht aus.[1]) Aeltere Beschränkungen in dieser Hinsicht sind entweder auf die Erbengemeinschaft allein zurückgedrängt worden, so z. B. in Gosl. Statuten S. 23 Z. 7, Rb. nch. Dist. II. 4, 15., Münchener Stadtrecht v. 1347. 213, Purgoldt I. 98, II. 56, Siegener Stadtrecht (ed. Achenbach; Absatz von der Erbtheilung S. 17 No. 12, eigentliches Stadtrecht S. 9 No. 21), oder ganz verschwunden, so im Rechtsbronnen von Zutphen § 114, 2 (Hordijk S. 79/80). Dass bei der Handelsgesellschaft dem einzelnen Socius

---

[1]) Vgl. auch Stobbe, Zsch. f. R.-Gesch. Bd. IV S. 224.

Digitized by Google

die Veräusserung seines Antheils aus anderen Gründen verboten war, ist unten S. 76 auszuführen.

7. Geschäftsführung.

Der Grundgedanke und die regelmässige Form der offenen Handelsgesellschaft ist es, dass alle Socii in gemeinsamer Handelsthätigkeit gemeinsamen Gewinn erstreben. Im Zweifel ist daher jeder derselben als berechtigt anzusehen, das zu thun, was der gewöhnliche Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Zuweilen wird es auch in den Quellen ausgesprochen, wie z. B. Lüb. Zust. Bd. III. 90: „eyne vrye selschop hebbet gemaket under en dreen to hanteren.“ Zu wichtigen Geschäften dagegen ist der Consens aller Gesellschafter nothwendig. So bestimmt es auch der von Falke Bd. II. S. 51/334/5 angeführte Nürnberger Societätsvertrag. Wenn derselbe Vertrag aber auch der Majorität von 2 Mitgliedern mit Ueberstimmung des Dritten dieselben Rechte einräumen will, so ist damit ein dem Wesen der offenen Gesellschaft fremdes corporatives Element in die Gesellschaft aufgenommen. Dasselbe ist der Fall, wenn der Weisshauptsche Gesellschaftsvertrag (Jäger, Ulm S. 669 ff.) die Entscheidung über Aufnahme neuer Mitglieder in die Hand der Majorität legt. Bei der Schiffsgesellschaft ist Majoritätsbeschluss, nach der Grösse der Gesellschaftsantheile berechnet, allerdings Regel, so nach dem Hamburger Stadtrecht v. 1270 XIII 24 (v. 1292, Schiprecht 24; v. 1497, P. 2; Stat. Brem. b. Ölrichs S. 299/300; Stat. Rigens. b. Ölr. Rig. R. XI 10/11): „So wor Lüde hebbet ein schip tosamende, offte ein mer hefft den de andere deel in deme Schepe, de minre schall deme meren deel volghen; id ne sy also, dat he mit deme meren deele dat schip wollde liggen laten und den anderen ut droten, dat ne mach nich syn; wente men wyset, dat Schip to water wert“.

Häufig ist Recht und Pflicht zur Besorgung der gewöhnlichen Geschäfte auf Einen oder einen Theil der Gesellschafter schon durch den Errichtungsvertrag beschränkt, z. B. Pauli, Lüb. Zust. Bd. I. No. 102 h., ib. Bd. III. No. 95, ib. Bd. III. Nr. 94 (a. 1472): „Claves van Gräss van Deventer vor desseme boke hefft bekant, dat he van Hinrike Drosedouwe, borger to Lubeke, to zinem genoge hefft entfangen twintik rinsche gulden in vulle wederlegginge, dar he henne zines egenen geldes so vele entegen gelacht hedde, umme darmede to kopenslagende to erer beider gewin verlust unde eventur. Hir sint by an unde over gewest to tuge de beschedenen manne Hermen Huszher unde Johann Ticheler, besetene borgere

to Lubeke, alse tuge dar to gebeden." Dgl. ib. Bd. I. No. 103 A.: „Ipse tamen Otto predictas MCCCC Mr. habet solus pre manibus, cum eis mercimonias exercendo, et Conradus nichil habet de pecunia supradicta." In einer bei Lörsch u. Schr. U. 2. Aufl. No. 278 citirten hansischen Urkunde sagt ein Socius: „Unde ik Mauricius vorbenompt hebbe dit vorscreven ghelt under handen uppe unser beider winninghe unde eventûre." In dem Weisshauptschen Gesellschaftvertrage ist es künftiger Bestimmung vorbehalten, ob das Societätscapital von allen oder nur von einem der Gesellschafter in der Handlung umgetrieben werden soll. (Jäger, Ulm S. 669 ff.) In der Behaimschen Gesellschaft bei Falke Bd. II. S. 51/334/5 soll Behaim und, falls er sterben sollte, Geisler der Gesellschaft Haupt, Rechner, oberster Buchhalter und Kassirer sein.

Es findet sich auch, dass den verschiedenen Gesellschaftern verschiedene Geschäftskreise zugewiesen sind, so in der Weisshauptschen Gesellschaft zweien das Platzgeschäft, einem der auswärtige Handel (Jäger, Ulm S. 669 ff.), ebenso in der Gesellschaft zweier Lübecker mit einem Stralsunder (bei Pauli, Lüb. Zust. Bd. III Nr. 90) dem letzteren der eigentliche Handelsbetrieb, den 2 anderen die Rechnungsführung (a. 1441): „dat en Alff to dem Sunde hönych sal besorgen, to revele to senden up der seltschop eventure to sulher tiit als de anderen em dat gelt besorgen unde senden unde he dan dat hönich to kope krygen kan. Vorder sint vorwort, dat Lodewich unde Frederik elk eyn sunderlink bok darto hebben sollen, dar sy anders nicht in enscriven, dan der selschop dink tho eyner tüchnisse umme leven effte starven. Item wes Alff Frederike sendet, dat schal he vort Lodewiche scryven unde Lodewich unde Frederik sullen under en beyden de rekenschop holden unde sullen alle vor jar eyn dem anderen rekenschop scriven, upp dat men wete, wat malk by sik hebbe unde wat de selschop wert is." Dem einzelnen Gesellschafter kann dabei auch eine untergeordnete Rolle zugewiesen werden, so bei Pauli III No. 89 dem Buschmann, der zwar für die Gesellschaft Handel treiben soll, aber unter Aufsicht und eventueller Absetzbarkeit durch einen anderen Socius: „Mit desseme gelde scal Hans Buschman copslagen vormides rade unde hulpe Hinrikes Greverode; unde Hinrik Greverode scal Hans Bs. hovetman hirover wesen in sodaner wyse; efft syk Hans nicht wol enregerede, so scal Hinrik macht hebben, Hanse aftosettende unde enen andern in Hansen stede wedder to nemende."

Man war darauf bedacht, Sicherungen gegen Missbrauch der Geschäftsführerbefugnisse zu finden; daher die Beaufsichtigung eines Socius durch einen anderen, wie im letzterwähnten Falle, und daher

Digitized by Google

in der zuvor citirten, bei Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. 90 sich findenden Urkunde die gegenseitige Rechenschaftsablegung der beiden Rechnungsführer. Ebenso legen sich in der Weisshauptschen Gesellschaft (Jäger Ulm S. 669 ff.) Weisshaupt und Schreiber dauernd Rechnung über das, was jeder im Interesse der Gesellschaft gehandelt hatte, und der dritte Socius hat das Recht, jederzeit von den beiden Rechenschaftsbericht zu fordern. Er ist aber ebenso den beiden anderen zur Rechnungslegung verpflichtet. Zuweilen soll nach den Gesellschaftsverträgen an bestimmten Terminen allgemeine Abrechnung gehalten werden, so alle zwei Jahre in der Weisshauptschen Gesellschaft (Jäger Ulm S. 669 ff.), dgl. in der Behaimschen Gesellschaft (Falke Bd. II. S. 51/334—5). In der Meissener Zinngesellschaft findet vierteljährlich Revision der Rechnungen statt (Neumann Wucher S. 461 ff.).

Der Gesellschafter ist in seinem Geschäftsbetriebe zur diligentia verpflichtet. Vgl. Lüb. Zust. Bd. III. 90: „Vorder sind vorwort, dat een iewelik der selschop schal truwe wesen myt allem vlyte, dat sy myd borge effte anderem vordel des sal eyn iewelik mechtik sin sunder enyge argelist." Dgl. im Schöffenrecht der Dresdener Handschrift CLXXVI: „und wir haben bey dem gute gethan und gearbyt yn truwen ... und das neme wir uff unser gewissen." Pölm. Dist. I. 12, 5: „Zöge einer aus mit einem ungetreuen Gesellen, den er wohl kente" (d. h. wohl, den er für treu halten musste, weil er ihn kannte, — er hat also diligentia beobachtet —), „und geschehe im Schaden davon, des entgielten seine anderen Gesellen billich, mit denen er Gesellschaft hatte, aber sonst um Missethat willen oder sonst offenbar in Gerüchte." Macht der geschäftsführende Socius innerhalb des ihm zugewiesenen Geschäftskreises Auslagen oder erleidet er trotz seiner diligentia Verlust an seinem Privatgut, so hat er einen Ersatzanspruch gegen die Gesellschaft. Lüb. R. II. 197: Vor der Theilung „schal he to uoren up boren, dat he to voren heuet ut gheleghet". Pölm. I. 12, 3: „Hat einer Schaden genommen an Gutte, das in eine Gesellschafft gehört, das zu Gewinn und zu Verlust steht, ohne seine Verwahrlosung, der Schade ist jr aller, also wol als der Frome. Denn wer seiner Gesellen Gut bewaret gleich dem seinen, der bleibt ohne Schaden, ob er verwahrloset wird." Dass casuelle Verluste des Geschäftsführers der Societät zur Last fallen, die Gefahr gemeinsam ist, wird oft beim Gesellschaftsabschluss hervorgehoben, z. B. bei Pauli, Lüb. Zust. III. 90: „dat en Alff to dem Sunde hönych sal besorgen, to Revele to senden up der seltschop eventure." Ib. 94: „to kopenslagende to erer beider gewin verlust unde eventur." Ib. 95: „to erer beider besten

unde eventure to gevinne unde verluste." Lörsch u. Schr., U. 2. Aufl. No. 278: „uppe unser beider ..... eventiûre."

Es gibt vermöge der Einschränkung des Ersatzanspruchs auf diligentia eine Reihe von Fällen, in denen der Geschäftsführer keinen Schadenersatz fordern kann. Wörtlich schliessen die sächsischen Quellen und ihrem Vorbilde folgend andere nur für den Fall der Verschwendung[1]) die Ersatzpflicht der Gesellschafter aus.

Ssp. I. 12: „Verspelt aver en man sin gut oder verhuret he't oder güftet he't mit gift oder mit kost, dar sine brüdere oder de ire gut mit ime gemene hebbet nicht to geplicht ne hebbet; de scade den he dar an nimt, sal sin enes sin unde nicht siner brüdere, noch siner geverden, de ir gut mit eme gemene hebbet."

Gosl. Stat. 10, 24—31: „Vordobelet ok erer en wat oder vorghift he wat, den scaden ne dorven se ok nicht liden."

Richtsteig Landrecht 20, 5, bei Erbtheilung: „Darjegen vrag, of hes wat vorgeven, vorguftet, vordobelet hedde, oft hes icht scole den scaden allene hebben. Dat vint me."

Stat. Stadensia v. 1279 II. 16 (dgl. Lüb. R. IV. 16. Aehnlich Hambg. R. v. 1497 E. VII. [Walch Bd. VI.]): „Hebbet etc. ... gut tosamene .... Wolde erer en den andern sculdeghen umme dhe kumpanescap, he sal ome scult gheven sunder tuch und de andere scal utlegghen, dat he wil und dhar to sweren, dhat he ome dat sin al ghegeuen hebhe. It ne were also dhat erer welc wot verdede mit unnuter kost, ofte mit unkusheit, ofte verdobelte, offte verweddede und men ome bewisen moghe mit goden luden, dhat scal he allene ghelden. It ne were also, dhat se mede plicht hadden."

Pölm. Dist. I. 11, 3: „Verspielt ein man sein gut oder verhurerts oder vergibt er es mit giffte oder mit koste, da seine Brüder oder die jr gut in gemeine haben nicht zu Pflichte haben, den Schaden, den er davon nimet, sol sein eigen sein und nicht seiner Brüder noch seiner Companen, die jr Gut mit jm in Gesellschafft haben." Pölm. I. 12, 7 gibt dazu eine Erklärung: „Ein man mag auch wol sein Theil vergeben oder verwircken, das es den andern gesellen nicht schadet zu Rechte an jhrem Theil. Das meinet er also: Verspielt aber ein man sein gut, als vor stehet geschrieben."

---

[1]) Der Fall der Verschwendung wird wohl deswegen allein wörtlich hervorgehoben, weil für ihn selbst bei der Societas omnium bonorum der Ersatzanspruch auszuschliessen ist. Die letztere als allgemeine Lebensgemeinschaft hat viel weitere Zwecke, als die beschränkte offene Handelsgesellschaft. Ihre Ziele sind im allgemeinen die natürlichen Zwecke jedes Einzelnen, nicht nur in pecuniärer, sondern u. a. auch in moralischer Beziehung. Der Verschwendungsfall widerspricht in gleicher Weise den Zwecken jeder Gesellschaft.

Digitized by Google

Die Beziehung, in der die 2 Stellen stehen, ist die: Man kann mit seinem Antheil nach Belieben wirthschaften, aber ohne dann Ersatzansprüche an das Vermögen der anderen zu haben.

Glossa latina des Ssp. I. 12: „Quod autem per unum sociorum ex delicto adquisitum, perditum vel poenae nomine amissum est, non est conferendum communioni neque de communi debet solvi..... nisi socii participes essent delicti, ut est exemplum L. si igitur *II* pro socio. Et hoc vult text. ibi: Darein seine Brüder nicht gewilligt haben."

Neuere Skrae des Hofes zu Nowgorod aus der 2. Hälfte des 13. Jahrhunderts (Urk.-Buch der Stadt Lübeck I. S. 709): „Is dat ienich man eines andren gut voeret an kumpenie oder to sendeve dat gut ne mach he nicht verslan, oder verdobelen oder mit nener undait vorwerken."

Purgoldt III. 48 specialisirt. Es heisst „bei Gesellschaft an Kaufmannsschatz": „Verwahrlost einer etwas, verliert, verthort es in Kauf oder Verkauf, oder in der Rechnung oder mit der Münze etc., so haben die andern nicht an dem Schaden teilzunehmen."

Für die Handelsgesellschaft hat, auch wo keine Verschwendung vorliegt, naturgemäss die weitere Beschränkung des Ersatzanspruches auf Handlungen, die dem Geschäftsinteresse dienen, einzutreten. So auch die Glossa latina des Sachsenspiegels I. 12: „Sed si unus ex fratribus solus curans res communes seu totum patrimonium aliquas expensas faceret in aedificiis communibus", so kann er die Erstattung der nöthigen und nützlichen Auslagen fordern. „Si item unus ex duobus fratribus indivisa habentibus contraxit debita hoc de communi solvi non debet, nisi tale debitum extitisset occasione communis utilitatis, Quod tamen non praesumitur, sed oportet ut probetur. Similiter neque condemnatio unius fratris debet solvi de communi." Ibidem: „Quocunque honesto modo" (d. h. nach einer späteren Stelle: „Ratione bonorum communium et in communem utilitatem") „per unum ex sociis contractum aes alienum debet solvi de communibus bonis." Im einzelnen können natürlich weitere Beschränkungen eintreten. — Statt die Geschäftsführung einem Socius zu übertragen, kann die Gesellschaft dieselbe auch in die Hand eines Nichtgesellschafters legen. Dies pflegten nach Boemus (Goldast S. 26) die grossen süddeutschen Gesellschaften zu thun: „Ipsi tamen per se non negotiantur sed communibus servitiis, qui contractam rursus pecuniam una cum lucro congregantes certo tempore rationem ponunt, singulisque Dominorum lucri partem fideliter praebent". Bei Boemus' Schilderung ist indessen zu erinnern, dass sie sich nur auf die spätere Zeit des süddeutschen Gesellschafts-

Digitized by Google

handels bezieht. Die Grösse dieser Gesellschaften beruhte gerade darauf, dass die Socii selbstthätig die Gesellschaftsgeschäfte leiteten. Die Zeit, in der die Geschäftsführung in den Händen uninteressirter Dritter lag, ist die Periode des Verfalls dieser Gesellschaften.

8. Verpflichtung und Rechtserwerb der Gesellschaft zur gesammten Hand.

Stobbe, Zur Gesch. des Vertragsrechts S. 138 ff., 145 ff.
Kuntze, Zeitschr. f. H.-R. Bd. VI. S. 203. 218 ff.

Die Gesellschafter erwerben Recht und Pflicht durch gemeinsames Handeln in der Rechtsform der gesammten Hand. Dass diese, die im deutschen Rechte des Mittelalters ein weites Anwendungsgebiet, ebenso bei der gleichmässigen Verpflichtung Mehrerer, wie bei der Bürgschaft, hatte, auch bei der Gesellschaft die regelmässige Art der Obligation war, ist nirgends direkt ausgesprochen. Indess da der Hauptfall gleichmässiger Verpflichtung Mehrerer der der Gesellschaft ist, so muss man schon deshalb die Anwendung des Gesammthandsprinzips auf die Gesellschaft für wahrscheinlich ansehen. Es finden sich aber auch mehrfach in den Quellen Andeutungen für die Anwendbarkeit desselben in diesem Falle. So sagt Hambg. R. v. 1270 VII. 8 (v. 1292 H. 6, v. 1497 L. 3, dgl. Stat. Stad. VII. 6, Lüb. R. III. 333): „Mer louet lude mit samender haut, alle de men hebben mach, de scolden gelden to dher ghelouedeu tiht ... Mer war erer kumpane welc doet ofte verarmet, dhe dar levendich waren ofte ere erven und de ghelden mochten, de scolden dat goet ghelden al ghelic.“ Aus der Bezeichnung „Samentname“ in Gosl. Stat. 102, 10 und „Samentklage“ ib. 84, 30 scheint sich ebenfalls eine Beziehung der unter Firma auftretenden Gesellschaft zur gesammten Hand zu ergeben. Der „Samentname“ ist der Name der „zu samender hant“ verbundenen. Ebenso weist noch Kuppener auf die Gesammtbürgschaft bei der Gesellschaft hin: Kupp. F. 1v. (Neumann, Wucher S. 592): ... „einer vor den andern in der geselschaft burge geworden ist vnd fideiubirt hat aus crafft irer gesampten geselschaft .....“ Die Antwerpener Compilatae von 1608 Thl. IV. Tit. 9 No. 10 behandeln die Verpflichtung zur gesammten Hand im Capitel der Gesellschaft.

In der That ist auch die Verpflichtung zur gesammten Hand die für den Gläubiger der Gesellschaft allein gehörige Sicherheit bietende. Während bei partialer Verpflichtung Mehrerer jeder durch Leistung seines Theiles der Schuld frei wird, so besteht das Wesen der Obligation zur gesammten Hand darin, dass die mehreren

Digitized by Google

Schuldner erst, wenn die ganze Schuld gezahlt ist, frei werden. Vgl. Glogauer Rechtsbuch, Wasserschleben 372 (vgl. auch 369): „Gesampte hand ys anders nicht, wenne viel leuthe eyn gelobede mit entnander thun und keines mag mit seyme teil ledig werden.“ Prager Rechtsbuch 11: „Umb Schuld. Geloben aber vil leut ein gelt einem manne mit gesamptir hant zu gebin, gelden sie alle biz auf einen oder auf zwen, si sind doch nicht ledig, iz sei alles gegolden, wenne gelübde bricht alles recht.“

Die Gesellschafter als Schuldner versprechen dem Societätsgläubiger in einem einheitlichen Acte (Rb. nch. Distinct. III. 12 d. 11), zusammen eine Schuld zu zahlen, und zwar so, dass zunächst jeder den nach der Personenzahl auf ihn entfallenden Theil der Schuld entrichten will, beim Ausfallen eines oder mehrerer Schuldner durch Armuth, Tod u. s. w. aber die zahlungsfähigen Mitschuldner für sie eintreten, eventuell also einer die ganze Schuld zahlt. Die Schuldner haften also principal nur für eine Quote, subsidiär dagegen solidarisch. Vgl. Sachsensp. III. 85, 1: „Swâr mêr lûte den ein zu samene geloben ein wergelt oder ein ander gelt, alle sint sie plichtic zu leistene, die wîle ez unvergulden ist und nicht ir jeclich al; den jeclich sal gelden als vil als ime gebüret, und alsô verne als man in dâr getwingen mag von gerichtes halben, der deme ez dâ gelobet ist oder der ez mit ime gelobete, ab erz vor in vergulden hât.“

Blume v. Magdeburg II. 2, 94: „Globin leute mit gesamptir hant und vngesundert, czu beczalin ein gelt, sy sint alle gelich schuldig. Welchir abir ir ein dacz gelt gancz und gar beczalt, der hot dy burger alle gelost.“ 96: „Globin leute mit gesamptir hant ein gelt, stirbit ir ein, dy andern mussnz leistin nach dem glubde, als recht ist.“

Rb. nch. Dist. III. 12 d. 9: „Geloben lute mit gesampter hand und werden burgen umbe dy schult, werden sy denne dorumbe beclaget mit rechte, sy mussen dy schult gelden, dy wile or eyner lebete, glich mit enander, denne dy gesampten hand erbet or eyner uf den andern, aber nicht uf sine erben.“ d. 10: „Wer den der leczter worde vor dy gesampter hand und dy andern abgestorben wer, wurde denne dy schuld czulecz irclaget mit rechte, daz der die schuld schüldig wer worden, sturbe he, sy irbete uf sine erben, dy musten sy gelden.“ Stat. Stad. VII. 6, Hambg. v. 1270 VII. 8, Lüb. R. III. 333. Lüneburger Stadt-R. (Kraut, S. 71). Bamberger Stadt-R. (Zöpfl) 233/4.

Eine principale solidare Haftung aller durch die gesammte Hand verbundenen Personen findet sich nur in zwei bedeutenderen

Digitized by Google

Stadtrechten, der Soester Skrae a. d. 14. Jahrhundert, mit Zusätzen a. d. 15. Jahrhundert c. 52 (Seibertz II. p. 393) und dem Wiener Stadt-R. v. 1435. Da beide aus später Zeit sind, so ist ein römisch-rechtlich-italienischer Einfluss wohl möglich. Dann wäre vielleicht gerade die Gesellschaft, bei der in Italien principale solidare Haftbarkeit galt, der Grund zur Abänderung der Gesammten Hand im allgemeinen in demselben Sinne gewesen. Bei Augsbg. Stadt-R. 389 (Walch S. 386) scheint ein Gesammthandsverhältniss zwischen den mehreren Bürgen gar nicht gemeint zu sein. Es konnte daher hier auch keine principalpartiale Haftung der einzelnen Bürgen in Betracht kommen.

Im Uebrigen aber scheint die subsidiär-solidare Haftbarkeit der zur gesammten Hand Verpflichteten die Regel zu sein. Zunächst, wenn alle Schuldner zahlungsfähig sind, kann daher der Gläubiger von jedem Schuldner durch Forderung oder Klage nur seinen Antheil verlangen. (Vgl. Stobbe, Vtrgsr. S. 154 ff.) Leistet einer der Gesammtschuldner aber die ganze Summe auch ohne den eintretenden Nothfall, so ist das nicht Zahlung fremder Schuld, sondern er befreit sich selbst von einer Verbindlichkeit, sei es auch nur von einer eventuellen. Dem Gläubiger gilt die Zahlung des einzelnen als von der Gesellschaft geschehen. Daher müssen dem Zahlenden (s. Michelsen Obh. No. 178) die für die Schuld gesetzten Pfänder ausgeliefert werden. Dass der Zahlende einen Ersatzanspruch gegen seine Mitschuldner hat, wird ausdrücklich hervorgehoben in Ssp. III. 85 § 1 a. E. und Stat. Brem. v. 1313 Art. 126 a. E.: „Unde so moget dhe vor eme geldet ene wol bekummeren vor sin antal."

Die Verpflichtung zur gesammten Hand begründet ein festes juris vinculum inter certas personas. Nicht allein darf dem Gläubiger gegenüber keine Veränderung in den Personen der Schuldner geschehen, sondern auch unter einander haben die Schuldner beim Eingehen der gesammten Hand ihre subsidiäre Haftbarkeit auf einen bestimmten Kreis von Personen, die ursprünglichen Mitverpflichteten, beschränkt. Andere können daher in das Verhältniss nicht eintreten. Stirbt einer der verpflichteten Genossen, so übernehmen nicht seine Erben [1]), sondern die anderen Gesammtschuldner seinen Antheil. „Die gesammte Hand erbt einer auf den anderen" (s. z. B. Rb. nch. Dist. III. 12 d. 9). Dagegen ist das Princip der gesammten Hand nicht mehr in seiner vollen Reinheit erhalten, wenn in Stat. Brem., Verd. und sonst festgesetzt ist, dass die Erben des

[1]) Jeder Mitverpflichtete ist gleichsam Bürge für die Zahlung der Schuldantheile der Anderen. Auch die deutschrechtliche Bürgschaft ist unvererblich.

Digitized by Google

Verstorbenen in die Gesammtschuld als Mitschuldner eintreten. Vgl. z. B. Stat. Brem. v. 1313 Art. 126 (Oelrichs S. 140), dgl. Stat. Verd. 81 (Pufendorf I.).

Für die Behandlung der Rechte, die von mehreren zur gesammten Hand erworben werden, gelten analoge Grundsätze. Es können entweder alle Gläubiger und, wenn einer von ihnen ausfällt, die übrigen in einer „Samentklage“ (s. Gosl. Stat. 84, 30) die ganze Schuld, oder jeder für sich seinen Antheil der Schuld von dem Verpflichteten fordern. Zahlt dieser an einen die ganze Schuld, so wird er aber nicht der ganzen Gesellschaft gegenüber liberirt, wie die zu gesammter Hand verpflichtete Gesellschaft durch die Zahlung eines Socius ganz frei wird (s. unten S. 70). Nur haben nach dem Magdeburger Systemat. Schöffenrecht V. 13/14 die nicht bezahlten Gläubiger neben ihrem alten Theilforderungsrechte gegen den Schuldner auch dem Zahlungsempfänger gegenüber einen Theilungsanspruch, (der dem Regressanspruch des zahlenden Socius bei der Gesammtverpflichtung entspricht).

9. Vertretung.

Stobbe, Vertragsrecht, Aufsatz über Bürgschaft etc. § 3 No. 2 (S. 153). *Kuntze*, Ztschr. f. H. R. VI. S. 204/208 ff.).

Stobbe und Kuntze haben versucht, aus der Verpflichtung der Gesellschaft zur gesammten Hand die principale solidare Haftung der Socii in der heutigen offenen Handelsgesellschaft herzuleiten, wonach ein Gesellschafter, der im Namen der Gesellschaft contrahirt, jeden einzelnen Socius für die ganze Schuld verpflichtet. Stobbes Gedanke ist offenbar der: Wenn die Gesellschaft in der Gesammtheit ihrer Mitglieder vermöge der Verpflichtung zur gesammten Hand eine absolute Haftung der Gesellschafter herbeiführt, so tritt dieselbe auch ein, wenn ein Gesellschafter, der die Societät vollkommen vertritt, der also beim Geschäftsabschluss „die Gesellschaft“ ist, eine Verpflichtung für die Gesellschaft übernimmt. Dieser theoretisch richtige Gedankengang ist in seiner Anwendung auf die deutschen mittelalterlichen Gesellschaften den Quellen nach unzutreffend. Zunächst tritt, wenn alle Gesellschafter zusammen eine Verpflichtung übernehmen, wie oben nachgewiesen, für die einzelnen Gesellschafter nur eine subsidiäre solidare Haftung ein. Selbst bei völliger Vertretung der Gesellschaft durch den einzelnen könnte also nur von einer solchen die Rede sein. Zudem verbietet es sich mit Rücksicht auf die grundsätzliche Beschränkung des Vertretungsrechts im deutschen Mittelalter, eine so umfassende Vertretung der

Digitized by Google

Gesellschaft durch den einzelnen Socius anzunehmen. Am wenigsten kann man eine solche aus dem Gesammthandsprincipe ableiten, wie es Kuntze a. a. O. § 12 (Rechtsverhältnisse nach aussen No. 4) thut. Aus dem letzteren ergibt sich vielmehr, wie oben S. 68 ausgeführt, nur der eine Vertretungsgrundsatz, dass die Zahlung der Schuld durch einen Socius als Zahlung der Gesellschaft gilt. Das Element, welches bei der Gesammthand der Ausbildung freierer Vertretung vor allem im Wege stand, war das Erforderniss der Unitas actus, das u. A. das R.-B. nch. Distinct. III. 12 d. 11 für die Verpflichtung zur gesammten Hand aufstellt: „Werden ouch me lute burgen vor eyn wergelt eyner sache und eyner gelobet hute, der ander morne, der dritte obermorne, so daz sy nicht by enander sin, wenn sy burgen werden, vorfellet sich daz wergelt, doch ist keyner phlichtig zcu gebene daz wergeld mit enander, ab he wol gelobet had alleyne, sundern sy sullin daz mit enander geben. Welcher under den sturbe umbe des teyl leden dy andern keyne nod, wen sy nicht mit gesampder hand gelobet hatten." Nicht einmal das Recht der Zahlungsannahme für die Gesellschaft hatte der einzelne Socius. So nach den Gosl. Stat. 75 (35—38) ... „men mot in allen ghelike lesten"; dgl. wenigstens implicite Ssp. III. 58, 2. Auch das Magdeburger Systemat. Schöffenrecht V. 13/14 spricht aus, dass die an Einen geschehende Zahlung der Gesellschaftsforderung den Schuldner der Gesellschaft gegenüber nicht liberirt, die anderen Socii daher die Zahlung der Schuld zu ihrem Antheile noch einmal fordern können: „Von Gelde und von gesellschaft. Dry man habin mit enandir eyne gesellschaft an koufmanschaft; nu kumpt eyn man und keuft den dryen abe eynen kouf uf eynen benumptin tag umme eyn gelt; noch deme tage kumpt der dryer eynir und nympt daz gelt czu eym von dene schultmanne; dornoch komen dy andirn tzwene und manen den schultman umme er gelt; nu spricht der, her habis erim gesellin bezalt gancz und gar, der is ouch bekennit. Ab nu der schultman ledig moge gesyn von den czweyen, adir czu weme di er gelt vordirn sullin, czu erym kumpan adir czu deme schultmanne: Hir uf get daz recht: Hat der schultman dryen koufluten eyn gut abe gekouft und in dem koufe nicht bescheidit, wenne her der dryer eynir gulde, daz her denne von den andirn czweyen sulde los syn, zo ist der schultman allin dryen pflichtig czu geldyn; hat denne der eyne di schult gancz und gar uf gehabin, zo mogin di czwene eryn gesellin manyn umme eryn teyl, ouch mogin ze den schultman manen und der mag jenen vorbas manen, der daz gelt uf gehabin hat, daz her en von synen gesellin der manunge beneme und entledege. Von R."

Digitized by Google

Das Streben nach einer Weiterausdehnung der Vertretung, das sich mit dem Aufschwunge des Handels und besonders den Bedürfnissen des auswärtigen Gesellschaftshandels gegenüber geltend machte, konnte also gerade nur in einem Bruche mit der Coniuncta manus befriedigt werden.

Schon nach dem Sachsenspiegel kommt es vor, dass zur Zahlungserleichterung einem Gesellschafter das Recht ertheilt wird, die Schuldenzahlung anzunehmen. Dieser gilt dann sogar zur Stundung, Nachlass der Schuld und sonstigen gütlichen Vereinbarung von der Gesellschaft bevollmächtigt, Ssp. III. 85, 2: „Geloben ouch vil lûte einem manne eine schult zu geldene und entphâen das gelobede mêr lute: swâr man ez gelobete leistit, deme man ez gelden sal, oder mit sînen minnen seczt, dâ hât man ez in allen geleistet, den man ez gelobet hatte.“ Auch die Goslarer Statuten kennen die Möglichkeit, einem Socius das Recht der Zahlungsannahme, ja sogar die processualische Vertretung der Gesellschaft einzuräumen. Im Rechte der processualischen Vertretung soll das der Zahlungsannahme für die Gesellschaft von selbst enthalten sein. Gosl. Stat. 75, 35—38: „War lüde lovede to samene untfat, lestet man dat deme sakwolden, men is van in allen ledich unde los; tritt it aver se alle ghelike an, men mot in allen ghelike lesten, it ne si to voren bescheden, weme men dat lesten scole.“

Wie allmählich freiere Grundsätze für die Societätsvertretung in Aufnahme gekommen sind, dafür fehlt es oft an einzelnen Belegstellen. Dennoch lassen sich die Grundzüge der Entwickelung wohl verfolgen. Das Recht, Zahlungen für die Gesellschaft anzunehmen, scheint bald allen Gesellschaftern zugesprochen zu sein. Besonders früh haben es in Goslar die unter einer Firma auftretenden Gesellschafter. Gosl. Stat. 102, 10.

Auch das weitere Recht, Forderungen der Gesellschaft einzuziehen, ist später allgemein gewesen. Nach dem alten Hildesheimer Statut des Bischofs Heinrich ist bei Darlehnsrückforderung durch einen Socius noch Bürgschaftsleistung am Platze zur Sicherung des Schuldners gegen nochmalige Forderung der anderen Socii (Pufendorf Obs. IV App. S. 284): „Si quis accipit mutuum a duobus hominibus vel pluribus et unus illorum venit et repetit bona illa, ille debet ponere fideiussorem, qui dicitur ware, quod alii postea non requirant.“ Wenn später bei der Auflösung der Gesellschaft und der Theilung der Forderungen mehrfach ausgemacht wird, dass, wer von den Gesellschaftern sie einziehe, dem andern die Hälfte abgeben solle, so liegt darin nicht eine gegenseitige Einräumung neuer Rechte, sondern nur die Verabredung,

Digitized by Google

dass das bisherige Verhältniss, das jedem die Forderungseinziehung gestattete, auch nach der sonstigen Trennung fortdauern solle. Das ergiebt sich aus der Fassung solcher Stellen, wie z. B. Urk.-Bch. der Stadt. Lüb. Bd. IV. No. 308; „.. sunt separati penitus et divisi absque debitis infrascriptis, que ipsis ambobus pertinent, videlicet cuilibet illorum dimidietas et quis eorum ipsa debita emonet et sublevet, ille alteri medietatem inde debet disbrigare." Wollte hier jeder dem anderen ein ihm nicht zustehendes Recht der Forderungseinziehung übertragen, so würde man sich auch Beweismittel dem Schuldner gegenüber in die Hand geben, der jedenfalls Sicherstellung gegen nochmalige Forderung des anderen Socius verlangen würde.

Auch die processualische Verfolgung von Societätsrechten ist allmählich zum Rechte jedes einzelnen Socius geworden. Bei der Miterbschaft scheint nicht jeder dieses Recht gehabt zu haben. Vgl. Hannoversches Urk. Bch. (Nied.-Sachs. Bd. 5) No. 445 v. 1368: Die Brüder Johann und Thiderik v. Rinteln verklagen einen anderen aus der Forderung ihres Vaters. Als der Rath Johann auffordert, den Schuldner vor dem Rathe zu „schuldigen": „Do sprak Johan von Rinteln, sin broder Thiderik en were hir nicht to hus, dat se wachteden wente avermorne an vridaghe, so welde he rechtes wegen don schölden." Das Freysinger Stadtrecht spricht das Recht der processualischen Vertretung der Ganerben dem Aeltesten zu. Freysgr. St.-R. S. 190: „Wo gesbistergeit sind, die ungetailt von ain ander sind (siczent mit ungetailter Hand) und das eltist under den chinden Recht suchent, daz sy all an trift, umb welcherlay sach daz ist ze gewinn und ze verlust und waz behabt dez sullen sy all genissen, waz er daran verlewst, dez sullen sy auch engelten." Das Augsburger Stadtrecht, Zusatz zu 144 („Swa ... gesellen sint ...., chlagt der einer umbe ein gülte ...") und die Hildesheimer Statuten von 1422 Art. 66 („Claghet ein van twier weghene ...") (Pufendorf IV App. S. 287) legen dem allein für die Gesellschaft klagenden Socius keine Beschränkung mehr auf.

Sogar die Eidesleistung in Gesellschaftsangelegenheiten braucht nicht immer durch alle Socii zu geschehen. Das Augsburger Stadtrecht lässt bei Streitigkeiten aus Kaufgeschäften der Gesellschaft den Empfänger der Arrha den Eid leisten. Augsb. Stdt.-R., Zusatz z. 144: „Swa zwen man ein dinck kouffent mit anander und der kauff verirret wirt und chlagent di zwene umb die selben irresal, dinget den ir fürsprech, ob ez an den ait gat, daz ir einer bereden sol, so sol der bereden, der den gotsphenninck genomen hat." Dasselbe Stadtrecht begnügt sich in andern Gesell-

Digitized by Google

schaftsangelegenheiten sogar mit dem Eide irgend eines Socius. Augsb. Stadt-R., Zusatz zu 144: „Swa zwen gesellen sint oder dri, die gut mit anander habent, chlagt der einer umbe ein gülte, die man in gelten sol mit anander, wirt dem ein geziuch ertailt uf einen tak und gat dem ein ander unmuzze under hant, daz er bi der geziuchscheffte niht mak gesin, der sol gan zu dem burgraven und sol im sin unmuz fürlegen, der mag im wol erlauben ane geverde, daz der gesellen einer dem ez chunt is, den geziuch volfüre an siner stat, wan ez umb ein gut ist.“ Auch das Hildesheimer Stadtrecht 66 (Pufendorf Obss. IV. App. S. 287) von 1422 lässt es zu, dass ein Socius die Gesellschaft in der Eidesleistung vertritt: „Claghet ein van twier weghene dede claghet. de mach tughen. van er beider weghene. icht de ander dar nicht ne is, en welles de nicht enberen. de vorclaghet wert dede claghe deit. de scal ware don. van er beider weghene.“

Der wichtigste Bruch mit dem Principe der Gesammten Hand war es, dass man auch Erwerb neuer Rechte und Pflichten für die Gesellschaft durch die einzelnen Gesellschafter als Vertreter zuliess. Dieser Fortschritt der Entwickelung war dringend nothwendig. Es war einer der Hauptzwecke der Gesellschaften, nach verschiedenen Seiten hin Handel zu treiben. Eine freie Speculation der nicht an einem Platze handelnden Gesellschafter war aber nur möglich, wenn sie einander garantirten, dass zum mindesten die im laufenden Verkehre von ihnen erworbenen Rechte und Verbindlichkeiten als Rechte und Pflichten der Gesellschaft gelten sollten. So wird z. B. bei Pauli, Lüb. Zust. Bd. I. No. 104 (a. 1378) das Rechnungsbuch des in Venedig verstorbenen Gesellschafters Jordan zur Grundlage der Gesellschaftsforderungen gemacht. Nicht nur Kaufverträge hat dieser für die Gesellschaft abgeschlossen, sondern er scheint auch eine stille Gesellschaft mit den Mendeln in Nürnberg eingegangen zu sein, die nur die Hälfte des gemachten Gewinnes ausliefern. Ebenso hat er die Gefahr für einen Falkentransport nach Alexandria übernommen. Alle diese Geschäfte aber, die erworbenen Rechte und Verpflichtungen, erkennt die Gesellschaft rückhaltslos als die ihrigen an. Die bei Falke Bd. II. 51/334/5 aufgeführte Nürnberger Behaimsche Gesellschaft von 1541 geht später soweit, jede Handelsthätigkeit der Socii als für die Gesellschaft geschehen anzusehen.

Diese Entwickelung hat sich jedenfalls unter dem Einfluss des Verkehrs mit dem Auslande, besonders Italien, und des Gedankens einer wechselseitigen praepositio institoria vollzogen. Bezüglich der Verpflichtung der Socii durch einander ist sie von den alten Grund-

Digitized by Google

sätzen des Geschäftsabschlusses zur gesammten Hand, d. h. von der Subsidiarität der Solidarhaft des einzelnen Socius selbst bei gemeinsamem Handeln aller Gesellschafter, im Laufe der Zeit fortgeschritten bis zu principaler solidarer Verpflichtung aller Genossen durch die Handlung jedes einzelnen Socius. Beendigt ist diese Entwickelung erst mit der allgemeinen Reception der fremden Rechte, besonders der italienischen Doctrin. Während bis dahin die Unsicherheit und Ungleichmässigkeit, mit der im Kreise des Handels sich die Weiterbildung der Haftung vollzog, von der gesetzgeberischen Regelung dieser Frage abgehalten hatte, haben die auf fremdrechtlicher Grundlage fussenden Stadtrechtsreformationen sofort die freie Vertretung und principale solidare Haftbarkeit aller Socii anerkannt. Vgl. Frankfurter Reformation II. 23 § 9: „Was dann in Namen deren Gesellschafft durch einen derselben (mit Verwilligung oder Vorwissen der andern) oder durch deren angenommenen bekanntlichen Factorn, mit kauffen, verkauffen und anderm, verhandelt wird, Das obligirt — die gantze Gesellschaft, zu leisten und halten, und mag ein jeder ausz derselben in solidum und unverschiedenlich derowegen umb Bezahlung mit Recht fürgenommen werden.“ Hamburg. Statut. II 10, 8: „Was die Mascopey belanget, so einer von den Mascopey-Gesellen contrahiret; dafür müssen auch die anderen, soweit sich ihre Mascopey erstrecket, gehalten seyn.“ Nürnberger Reformation Tit. 18 Ges. 4: „Was die Gesellschaft eussern Personen schuldig ist, darumb sein alle Gesellschafter in solidum und unverschaidenlich verpunden, Doch steet jr jedem, der die bezalung hat thon müssen bevor, das jhenig so Er über sein anteil erlegt, von den andern, nach inhalt jrer anfengklichen geding oder vorschreibung zu erfordern.“ Auch Kuppener (Schr. v. Wucher) steht auf diesem Standpunkte F. 1v (Neumann, Wuch.-Gesch. S. 592): Wenn von 3 oder 4, die „eine mergkliche geselschafft“ haben, „die solche geselschaft halten, vnd im rechte geselschaffter geheissen werden“, einer in Venedig eine Schuld contrahirt und nicht wiederkommt, ein anderer Gesellschafter aber dorthin kommt, so kann der Dritte diesen auf das Ganze belangen. Kuppener leitet diesen Satz aus der praepositio institoria her. Dem Ausdrucke nach sucht er ihn aber an die deutsche Bürgschaft zur gesammten Hand anzuschliessen: „Geben die recht dise vrsache, nach dem ein mitgeselschafter einer czuhauffe samlunge von czu hauffe setzunge selschaft einer vor den andern in der geselschaft b u r g e geworden ist, vnd fideiubirt hat aus craft irer g e s a m p t e n geselschaft, was einer burgen, das ein itzlicher solche schuldig sein wil czu beczalen.“

Schon viel früher finden sich diese Grundsätze im Lübischen Rechte ausgesprochen, Lüb. R. IV. 7: „Welck man mydt enem anderen selschopp maken wil, de se wol to weme he sines gudes belovet, wente wat de ene kofft offte vorgifft, dat mot de ander betalen, so verne alse sin gudth kerth“ (= „tendere“ nch Haltaus), „wente sodan selscop geit bouen vader unde moder, suster und broder, wente de ene selscop mach gan to des anderen kisten und nemen gelt und gudt daruth des mach vader und moder nicht doenn noch suster offte broder. Darumme se malck woll to wem he sines gudes beloueth“ (oder: „Dat mach nen frund doen, darumb sehe ein jeder ....“) „ane dat were sake dat se under ein ander beschedenheit hebben gemaketh also mit stroffen edder breuen erer ein up dem anderen to vorschele (vorsegelnde) also dat de ene nicht hoger kopenn moghe, wen erer beider gudt wert sy unde de summe mer vorsegelt werde, so kan de ein nicht mer borgenn wen de schraffe (schriffte) inholden. wert dat so nicht vorwart to vorne wes (wat) de ene borget, dat mach de ander betalenn so verne alse sin gudt kerth.“ Das Lübische Recht führt Stobbe a. a. O. als Beweis für den Zusammenhang der principalen illimitirten Societätshaftung mit der Gesammten Hand an. Aber dieses Recht hat mehrfach ausländische Grundlagen. Ueber die Verwandtschaft des Ausdruckes: „Darumme se malck“ etc. mit dem Consolato del mare wurde oben S. 46 schon gesprochen. Die allein im Lübischen Recht sich findenden ausgebildeteren Grundsätze über die Accommenda sind ebenfalls sicher auf ausländische Quellen zurückzuführen. Auch die Haftungsbestimmung des Lübischen Rechtes scheint durch sie beeinflusst zu sein. Aus dem Principe der Gesammthand hat sich in Lübeck dieser Grundsatz jedenfalls nicht entwickelt. Denn wie weit dasselbe gerade in Lübeck gelockert war, wird durch die hier geltende freie Uebertragbarkeit der Societätsantheile bewiesen (s. unten S. 77).

Auch aus der Gesammthaft der Sippe für ihre Genossen (so für Italien Lastig, Zsch. f. H. R. Bd. XXIV S. 407 ff. 2 C.) lässt sich die deutsche Haftungsentwickelung nicht ableiten.

Das Recht der Vertretung kann dem Einzelnen entzogen werden, nach Gosl. Stat. 102, 10 ff. dadurch, dass ihm die Führung der Firma untersagt wird, nach Lüb. R. IV. 7 durch eine versiegelte Urkunde.

Digitized by Google

III. Auflösung der offenen Handelsgesellschaft.

A. Partielle Auflösung.
Aus- und Eintritt von Mitgliedern.

Die offene Handelsgesellschaft ist eine geschlossene Gesellschaft. Denn wenn auch, wie oben erwähnt der Begriff des Miteigenthums als solcher der freien Veräusserlichkeit der Societätsantheile, wie oben S. 60 angeführt, kein Hinderniss in den Weg legen würde, so schliesst doch die Rechtsidee der gesammten Hand (s. oben S. 68) einen Wechsel in den Personen der Gesellschafter, den Eintritt Dritter in die Gesammthandsrechtsverhältnisse der Societät und willkürliches Ausscheiden von Mitgliedern aus denselben, aus.

Der Grundsatz der Geschlossenheit ist jedoch vielfach durchbrochen worden. Relativ am wenigsten verstiess es gegen das derselben zu Grunde liegende Gesammthandsprincip, wenn ein Gesellschafter beim Ausscheiden seinen Antheil am Societätsfonds den übrigen Gesellschaftern abtrat. In diesem Falle wuchs sein Antheil an den Rechten und Verbindlichkeiten der Gesellschaft den zurückbleibenden Socii zu gleichem Theile zu. Hierfür bot die Gesammte Hand selbst eine gewisse Analogie in der beim Tode eines Gesammthänders eintretenden Anwachsung seines Theiles auf die Genossen.[1]) Nur trat das, was hier sich aus der rechtlichen Natur des Gesammthandsverhältnisses von selbst ergab, bei dem Ausscheiden aus der Gesellschaft vermöge Willensaktes ein. So überträgt bei Lappenberg, Hans. Stahlhof U. B. No. 50 im Juli 1409 ein Gesellschafter seinen Socii seinen Antheil am gemeinsamen Hause: „Omnibus ad quos presentes littere pervenerint Marcus le Fleyre salutem in domino sempiternam. Noveritis me remisisse, relaxasse et omnino de me et heredibus meis in perpetuum quietum clamasse Ricardo Bank, Wil. Byg. clerico et Joh. M. clerico, heredibus et assignatis suis totum ius et clameum, que habeo, habui seu quovismodo habere potero in toto illo tenemento cum kayo adiacente cum omnibus suis pertinenciis .... in Wyngoslane ......“ Ebenso für den Todesfall in einem Lübecker Stadtbucheintrag (Pauli, Abhdlg. Bd. III. 190): „Notandum, quod Wolterus Heize sen. coram libro recognovit, quod, si Jacob Bod et Wolterus Heize jun. aut

1) Dieser Grundsatz selbst hat in der Gesellschaft keine Aufnahme gefunden. Vielmehr löst der Tod eines Socius die Gesellschaft auf (s. unten S. [illegible]).

alter eorum post mortem suam supervixerit, extunc ipsis simul aut alteri eorum superviventi societatem mercatorialem quam habet cum eis, penitus quitam remittet“ etc. Das Gesellschaftsvermögen blieb hier ungeschmälert. Nur die Person des Socius trat aus, nicht sein Vermögensantheil. Freilich brauchte sich der Gläubiger keine willkürliche Verkleinerung der Personenzahl gefallen zu lassen. Er konnte daher auch nach der Trennung noch gegen den Ausscheidenden klagen. Deshalb wird dem ausscheidenden Gesellschafter in einem ähnlichen Falle bei Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. 91 versichert: „.... weret zake, dat de erscreven Hermen Walbom van sodaner Zelsschopp wegen in to komenden tyden angeklaget worde edder des halven in schaden qweme, dat he mit zinen erven deme gesochten Hermen unde sine erven van der wegen degher unde ale schadelos holden wille.“

Aehnlich leitete man auch jede sonstige Art von Austritt eines Gesellschafters so ein, dass der Ausscheidende seinen Vermögensantheil noch eine Zeit lang, etwa bis zur Bezahlung der Schulden, an denen der ausscheidende Socius Antheil hatte, in der Gesellschaft liess. Daher die weit hinausgeschobenen Termine für die Auszahlung des Societätsantheils an den ausscheidenden Gesellschafter, so in Ulm (vgl. Jäger, Ulm S. 673) z. B. in der Weisshauptschen Gesellschaft (ibid. S. 669—73), desgl. bei Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. 91. Auch hier übertrug der Austretende seinen Antheil an Rechten und Verbindlichkeiten an seine Socii, konnte aber der Klage des Gesellschaftsgläubigers wegen der Schulden, an deren Aufnahme er Theil genommen hatte, nicht entgehen. Dagegen konnte er für die nach seinem Austritte von der Gesellschaft übernommenen Verbindlichkeiten, für die er nicht zur gesammten Hand mitgelobt hatte, nie haftbar gemacht werden.

Eine viel grössere Abweichung vom Princip der Communis manus war es, dass man neben dem Austritt von Gesellschaftern, der doch wenigstens eine Analogie in den natürlichen bei der Gesammthand möglichen Verhältnissen hatte, auch den Neueintritt von Gesellschaftern in anderer als oben S. 38 erwähnter Weise und damit die Veräusserung von Societätsantheilsrechten an Dritte gestattete. Dabei übernahm der Neueintretende ganz den Antheil an den Gesellschaftsrechten und -Pflichten, die der Ausscheidende hatte. In dieser Weise scheint später, namentlich in den Gesellschaften, denen es mehr auf die Vermögensbetheiligung als auf die Selbstthätigkeit ihrer Mitglieder ankam, die Uebertragung von Gesellschaftsantheilen ziemlich häufig gewesen zu sein, besonders in Lübeck. Vgl. Pauli, Lüb. Zust. Bd. III S. 35 f. No. 5 u. 6 ib. U. B.

Digitized by Google

No. 99: „Symon Elers unde Hans Eppenschede, to Brekefelde geboren, vor dessem boke erschinende, hebben in jegenwardicheit der testamentarii zeligen Engelbrecht Burmester to Bergen in Norwegen .... verstorben, nempliken Hermen van Mynden" (folgen noch zwei Namen) „bekant, dat se van erbeorden testamentarien rechts redelikes kopes gekofft hebben sodane helffte der selschup alse de zelige Engelbrecht mit deme vorscreven Hermen van Mynden plach to hebbende vor IXC mark." Dgl. s. die Verpfändung eines Gesellschaftsantheils sogar ohne Consens der Gesellschafter ib. 92 (a. 1461): „hefft he deme Hermen unde sinen erven geset unde vorpandet zine zelsschop." Die Uebertragung von Schiffsantheilen scheint besonders frei gewesen zu sein. Bei Lörsch und Schr. U. 2. Aufl. No. 273 wird in einem Lübecker Stadtbucheintrag (Notandum) v. 1415 executionsweise vom Rath die quarta pars eines Schiffes ohne Zustimmung der Socii dem Besitzer (wenigstens eventuell) entzogen und auf einen Dritten übertragen. Auch ein Goslarer Rechtserkenntniss b. Bruns S. 185 No. 16 unterwirft die Veräusserung des Societätsantheils nur im Falle besonderen Vertrages darüber einer Beschränkung: „Weren twene unse borgere in unse stat, de eyne molen to sammene hedden und sec under eynander vorwilkort hedden, welkem sin deil der molen erst veile worde, de scolde dem anderen dat laten tho kope, und bekenden se des wilkors vor uns, dene moste or eyn dem anderen holden; hedde he aver dar boven eynen anderen sin deil verkofte, dem moste he don also vele, alse recht were, dat he ome des van wilkores wegen nicht holden en konde, aver he moste deme bote geven."

Ueber den Eintritt der Erben s. unten S. 79.

B. Gänzliche Auflösung.

1. Gründe.

Die Hauptgründe der Societätsauflösung sind:

1. Der übereinstimmende Wille aller Socii. Die Gesellschaft wird, wenn dieselbe nicht auf eine bestimmte Zeitdauer bebeschränkt ist, durch den Beschluss aller Gesellschafter aufgelöst. Ist die Gesellschaft auf bestimmte Zeit errichtet, so sollte sie mit Ablauf der Zeit eigentlich von selbst ihr Ende finden. Indess ist die Verabredung bestimmter Dauer oft nur eine vorläufige und gilt nur als Zeitpunkt, an dem ein Gesellschafter kündigen kann. Geschieht die Kündigung nicht, so wird die Gesellschaft stillschweigend fortgesetzt. Vgl. Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. U. B. No. 90 (Gesellschaft auf 3 Jahre, im vierten Jahre Recht der Kündigung); dgl. bei der

Digitized by Google

Weisshauptschen Gesellschaft (Jäger, Ulm S. 669—73). Auch zufolge ausdrücklicher Vereinbarung wird die ursprünglich auf bestimmte Zeit beschränkte Gesellschaft zuweilen fortgesetzt, z. B. bei Pauli, Lüb. Zust. Bd. I. No. 103 B. (a. 1366): „Notandum, quod domini Bernhardus Pepersack et Hinricus Cocus presentes ad istum librum recognoverunt, se fecisse computum legalem de omnibus bonis sue societatis mercimonialis, que computare et disponere habebant usque in presentem diem: ita quod in sua societate manent eis ambobus simul bona que subscribuntur .... Tocius prescripte pecuniae media pars Dno. Bernhardo et media pars Henrico pertinet que ultra stabit sub pari aventura utrorumque quamdiu eis ex utraque parte placebit."

2. Aufkündigung eines Socius Diese kann bei nicht beschränkter Dauer der Gesellschaft jederzeit, bei Gesellschaften auf bestimmte Zeit erst nach Ablauf derselben geschehen. Indess ist das Aufkündigungsrecht vielfach an die Einhaltung bestimmter Fristen oder Zeitpunkte gebunden. Vgl. z. B. Pauli, Lüb. Zust. Bd. I. U. B. 103 a: „.... quandocumque ipse Conradus rehabere vult suas M Mr., quas ipse habet cum Ottone predicto, et dividere secum alia bona superflua et cum eis superlucrata, tunc ipse Conradus hoc sibi debet preintimare per dimidium annum et sic ipse Otto sibi etiam preintimabit quando separari vult ab ipso. Conrado vice versa." Ib. Bd. III. U. B. 90 wird eine Gesellschaft auf drei Jahre errichtet: „wil dar dan we ute wesen, de sall dan toseggen efft scriven op dat verde iar de selschop to scheyden unde malck dat sin to nemen." Ebenso ib. 89: „... Desse vorcrevene seltschop sal duren unde stan dree jar langk, unde we denne van deme andern wil, de sal deme anderen tosecgen tom veerden jare up wynachten afftoschedende."

3. Der Tod eines Gesellschafters löst die Gesellschaft auf. Bei der Auseinandersetzung der Socii werden die Erben des Verstorbenen jedoch völlig wie Gesellschafter behandelt. So sollen nach dem Weisshauptschen Gesellschaftsvertrage die Erben dem überlebenden Socius helfen, die Forderungen der Gesellschaft einzuziehen und die Schulden zu bezahlen (Jäger, Ulm S. 669 ff.). So auch bei Pauli, Lüb. Zust. Bd. I. U. B. 104 von 1378 („Conr. Kubbeling ... ex parte Jordani K. fratris sui pie defuncti.").

Öfters findet sich auch, dass die Erben an die Stelle des Verstorbenen in die Gesellschaft eintreten und diese fortgesetzt wird. Dies soll z. B. in der Weisshauptschen Gesellschaft (Jäger, Ulm S. 669 ff.) beim Tode nur eines Socius eintreten, während beim Tode zweier Mitglieder Auflösung stattfindet. Ebenso sollen in der

Digitized by Google

Behaimschen Gesellschaft (Falke Bd. II. S. 51/334/5) die Erben in dieselben Bedingungen, wie der Verstorbene, aufgenommen werden. Bei Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. U. B. 91 von 1460 hat ebenfalls der Eintritt des Sohnes an Stelle des Vaters stattgefunden. Das Schöffenrecht der Dresdener Handschrift entscheidet, dass beim Tode eines Socius, wenn die Erben die Theilung nicht verlangen, die Gesellschaft nicht als aufgelöst anzusehen ist. Vgl. Schöff.-R. der Dresd. Handschr. CLXXVI (Wasserschleben): „Von Gesellschaft kouffmanschacz wegen. Ewir froge ist alzo: drey man habin gesellschafft mittenander gehabt in kouffmanschacz uff gewyn und vorlust. Des ist ir eyner gestorbin und hat gelossen eyn weip und kinder und czwene geborne bruder. Des ist das gelt beyden vorgenanten gesellen bleben alzo lange bis des toden weyp eynen andern man hat genomen. Nu vordirn die vrawe und ir man und des toden eldiste brudir von der frawen und von der kinder wegin das gelt, das der tode czu hant noch seynem tode hat gelan, sprechinde: Sintdemale das die geselschafft des toden gelt bey ir gehaldin hat und umbefrogit und ane geheycze der kinder recht vormunde und ouch des todin mannes weyp dasselbe gelt, das der tode man zcu hant geloczin hat noch seynem tode gancz und gar antworten sulle adir was recht sey. Dokegen antworten die gesellen also: alz das gut was yn andern landen und eyn teil ane schult und des ist eyn teil vorloren und genomen uff der straze, das bey des mannes lebin awsgesant was, also das wir das gut ny zcusammenfugen mochten, das wir yn das hetten gegeben, ab sie das ir hetten gefordirt und begert und habin uns des vor ny gesayt und wir haben bey dem gute gethan und gearbeyt yn truwen und uns gleichirweis alz vor, und das neme wir uff unser gewissen. Nu lasse uns eyn recht werden, ab sie nu icht sullen nemen an gelde an gute an schult an schaden was en geboren mag. — Hiruff spreche wir eyn recht. Des toden erbin und ouch seyn weip, ab des mannes gut uff se kompt, zullen gleich teil leyden an schadin und an gewyn fromen nemen und der gesellschafft, alz der tode salde, ab her lebitte, und das die gesellen ir czu der rechinschafft adir zcu teilunge nicht gezwungen seyn, das sal yn keyner weisze czu schaden komen v. r. w." Nach den Antwerpener Compilatae v. 1608 IV. Tit. 9 § 2 No. 11/12 wird durch den Tod eines Socius die Gesellschaft nicht aufgelöst, ausser wenn der Leiter des Gesellschaftshandels stirbt. Die eintretenden Erben brauchen zur Geschäftsführung nicht zugelassen zu werden.

4. In einigen römischrechtlich gefärbten Quellen, Pölmans Distinctionen, der Glosse des Sachsenspiegels und Purgoldts Rechts-

Digitized by Google

buch, werden die Gründe totaler Auflösung der Gesellschaft folgendermassen angegeben:

1) Tod eines Socius	bei	Pölm.	Ssp.-glosse	Purg.
2) Rechtloswerden eines Socius („wenn er durch Gericht verurtheilt wird") . . .	„	Pölm.	Ssp.-glosse	Purg.
3) wenn ein Socius Mönch wird	„	Pölm.	Ssp.-glosse	
4) wenn ein Socius leibeigen wird	„	Pölm.	Ssp.-glosse	
5) wenn ein Socius verbannt wird	„	Pölm.	Ssp.-glosse	
6) wenn der Societätszweck erfüllt ist	„		Ssp.-glosse	Purg.
7) Schuldvoller Vermögensverlust eines Socius	„		Ssp.-glosse	Purg.
8) Aufkündigung eines Socius	„			Purg.
9) „Ob einer Schulden halber aus seinen Gütern weicht"	„	Pölm.	Ssp.-glosse	

Pölm. I. 12: „Eine Gesellschaft endet sich ob einer stirbet oder rechtloss würde oder ein Mönch oder ein begeben Man oder sich zu eigen gebe oder in das Elend gesand würde. Das bricht eine Gesellschaft, beweiset man, dass also ein Recht ist, denn solche Leute sind der Welt Todt in dem Rechte." Glosse z. Ssp. I. 12: „Gesellschaft mag 6erlei Weise zergehn: durch Tod, oder wenn dem Gesellen sein Recht verteilt würde, als das er sich zu jemandes eigen begebe oder ins Elend verweiset oder ein Mönch wurde. Diese werden alle für todt geachtet. Auch ob ihr viele zugleich wären, zergeht durch eines Tod; auch sobald dasjenige geendet und vollbracht ist, dazu sie Gesellen geworden; ob einer das in die Gesellschaft gebrachte Gut durch Missethat verwirkt, also auch ob einer Schulden halben aus seinen Gütern weicht." Purgoldt III. 47: „Der Kaufleute Gesellschaft soll solange währen, bis einer dem andern die Gesellschaft aufsagt. Aber es kann rechtlich und soll keiner so die Gesellschaft aufsagen, dass er es in gefährlicher Lage thue, und selbst den Gewinn wolle haben, während der andere in Schaden zurückbleiben solle. Desgl. vergeht die Gesellschaft, wenn ein Geselle stirbt, wenn der Kaufschatz sich endet und ganz verkauft wird, wenn der eine durch Schuld sein Gut verliert, wenn weltliches Gericht oder geistliches abgeurtheilt wird, so nach Inst. und Stadtrecht."

Digitized by Google

2. Wirkungen gänzlicher Auflösung der Gesellschaft.

a) Sistirung der Geschäfte.

Mit dem Eintritte eines die Auflösung der Gesellschaft herbeiführenden Momentes, sei es der Tod oder die Theilungsforderung eines Gesellschafters u. s. w., erfolgt eine Sistirung der Geschäfte der Societät. Es darf nichts Neues mehr unternommen werden, so nach den Antwerpener Compilatae von 1608 Thl. IV. Tit. 9 § 1 No. 14. Doch soll das begonnene Unternehmen zu Ende geführt, die Forderungen eingezogen, die Schulden der Gesellschaft getilgt, die Güter verkauft werden. Für die Erbengemeinschaft findet sich eine ähnliche Bestimmung im Rsbch. nch. Dist. I. 29, 7: Wenn Mutter und Kinder nach des Vaters Tode in Erbengemeinschaft bleiben und bei abermaliger Heirath der ersteren die Kinder Erbtheilung verlangen, so soll die Mutter (— diese wird hier als Geschäftsführerin der Erbengesellschaft allein genannt, obgleich dasselbe auch für die Kinder gegenüber der Mutter gilt —) vom Zeitpunkte der Theilungsforderung ab keine Auslagen für die Kinder und von deren Gut mehr machen, sie erstatte es ihnen denn wieder.

b) Befriedigung der Gläubiger und gemeinsame Beendigung der Gesellschaftsprocesse.

Die nächste Aufgabe der sich auflösenden Gesellschaft, ehe zur eigentlichen Theilung geschritten werden darf, ist Befriedigung ihrer Gläubiger. Dieser Satz gilt schon für die Miterben. Vgl. Brünner Schöffenbuch 362: „Haeredes bona parentum possidentes debita per eosdem, cum viverent, contracta, antequam bona inter se dividantur, solvere tenentur."

Indess kann die Theilung vor sich gehen, ehe die Gläubiger befriedigt sind, wenn einer der Socii die Schulden der Gesellschaft auf sich nimmt. Vgl. Stralsunder Stadtbuch IV. 456: „Gherardus de Suolle et relicta Jacobi Crispi complanaverunt se ad invicem et puer ejus, ita quod illa domina ligneam domum cum puero suo optinebit et Gher. lapideam domum et solvet omnia debita. Cum hoc omnis causa, quae inter eos vertebatur, tam de societate quam de bonis hereditariis, est omnino terminata et recisa." Dgl. Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. U. B. No. 98: „Hans Lasse unde Hermen Schulte — — — vor desseme boke hebben apenbare bekant, dat se van malckander der masschup selschup handelinge u. kopenschap halven, alse se onder malckander wente an dessen dach gehat hebben, gutliken unde fruntliken synt gescheyden, so dat Hermen de

schult, de se beyde gemaket hebben, to betalende, up sik genamen hefft; unde de schal unde wil he van erer beyder wegen betalen; unde de Hans hefft mit vryem willen — — deme Hermen alle gudere unde uthstande sculde" (d. h. Forderungen) „de syn denne nordewert, edder to Bergen in Norwegen offte hyr in Dutzschen lande — — gensliken weddernume verlaten."

Ebenso geht die Theilung vor Befriedigung der Gläubiger vor sich, wenn eine Schuld noch nicht fällig oder ihr Vorhandensein zweifelhaft ist. Dann wird eine zu ihrer Zahlung genügende Summe von der Theilung ausgeschieden, so Pauli, Lüb. Zust. Bd. I. U. B. No. 104. (Die Gesellschaft hat die Haftung für einen Transport von Falken nach Alexandria übernommen, von denen zwei auf der Fahrt dorthin gestorben sein sollen. Sie scheidet bei der Theilung eine Summe aus und beauftragt einen Socius mit der eventuellen Zahlung.)

Die Processe der Gesellschaft werden trotz der Theilung von den Gesellschaftern auf gemeinschaftliche Kosten zu Ende geführt. In specieller Anwendung auf den Austritt eines Mitgliedes hat diesen Satz der Gesellschaftsvertrag von Weisshaupt, Schreiber und Ditmar (Jäger, Ulm S. 669 ff. am Ende des Vertrages). Diese bestimmten, dass, wenn sie oder ihre Erben mit jemand irrig würden und die Sache vor Gericht käme, sie einander auf gemeinsame Kosten helfen wollten bis zur Ausrichtung der Sache, auch wenn einer der Gesellschaft aufgekündigt hätte.

c) *Eigentliche Theilung.*

Der Rest des Vermögens wird getheilt (Vgl. Antwerpener Compilatae von 1608 IV. 9 § 1 Art. 15).

Die Kosten der Theilung tragen alle Socii zusammen, so nach Münsterschen Statuten von 1302 (Niesert, Münst. U. B. Bd. III. S. 108. No. II.): Bei Theilung eines Hauses „wat dat koste in twe thslane, dat solen se beide gelden."

Die Theilung hat bei der Erbengemeinschaft in bestimmter Form zu geschehen, vor Zeugen oder vor Gericht. Nach dem Stendaler Urtheilsbuche II. 2 muss die Theilung vor Gericht geschehen, wenn die Theilenden nicht „geloben". In den Magdeburger Fragen I. 7, 21 theilen sich Kinder eines Erblassers an fahrender Habe und Erbe und Gut nicht vor Gericht, sondern vor Freunden. Diese Art der Erbtheilung wird nur für die Fahrhabe als genügend erachtet. Beispiele gerichtlicher Erbtheilung s. bei Ennen u. Eck. II. 136 No. 132, II. 220 No. 215.

Digitized by Google

Bei der offenen Handelsgesellschaft wird die Theilung oft unter den Socii allein vollzogen. Häufig legen die Gesellschafter aber dann, um sich gegen einander sicher zu stellen, das Ergebniss in schriftlicher Form nieder oder geben es vor dem Stadtbuche zu Protokoll z. B. Lüb. Zust. Bd. III. No. 98 (s. oben S. 82), desgl. U. B. der Stadt Lübeck Bd. IV. 656 (Niederstadtbuch 1397): „Notandum quod apud hunc librum constituti Wernerus Hoop et Reyneke Ratelbant recognoverunt, se in hoc esse concordes, quod ex parte cuiusdam societatis, quam inter se hactenus habuerunt racione cuiuscunque computacionis in factis regine Dacie, quod de hoc sunt penitus separati et divisi, sic quod unus alterum in nullo ab hac hora propter hanc societatem seu computacionem debet impetere seu quamvis aliam monicionem adoptare.“ Desgl. s. Roth, Nürnberger Handel S. 124: „Ich Heinrich Hultzpach Burger zu Sinzich bekenne offenlich mit diesem offene brieff vor aller meniglich dy in sehen oder horen lesen, als vonn solcher gesellschafft und gemaynschaft der Kaufmanschafft wegen, So ich mit Hansen Haller Burger zu Nuremberg zu handeln gehabt hab vonn Martini im fünf und sechzigsten Jare biss auff Datum dizs brieffs Sulchs obgeschrieben Handelshalben wir uns gutlich verrechnet vnd vertragen, dar an ich ein gut genugen hab vnd Hansen Haller tank sag aller freinntschafft so er mir beweist hat. Also bekenn ich obgenantr Heinrich, das mich der erstgenant Hans Haller vnd Hester sein eliche Wirttin gutlich vnd freuntlich entricht vnd bezalt haben Gewinnung vnd Haubgeld. Also darvmb sag ich Heinr. Hultzpach obgenant den benanten Hansen Haller Sein wirttin vnd alle ire erben Quidt ledig vnd loss in kraft dizs briefs für mich vnd meyn erben vn alle unser nachkumen kein anspruch noch fodrung nymmer mer zu in zu haben weder mit geistlichen noch weltlichen rechten oder wy das menschen sie erdenken möcht getreulich on alles geverde. Des zu waren urkunde vnd merer sicherheit der warheit So gib ich im disen brieff versiegelt mit der ersamen vnd weysen Anthonj tallners vnd Endres Zeringers Burgr vnd des Raths vnd genant zu Nurenberg annhangenden insigel So sye vonn meyn fleysigen pet“ (Bitte) „wegen daran gehangenn haben. Das wir erstgenant Anthonj Talner und Endres Zeringer bekennen doch vns vnd unsern erben on schaden. Der gegeben ist nach Christi unsers liben Hern gepurt virzehenhundert vnd Im achtvndsechzigsten Jare Amm Pfingstabent etc.“

Die Theilung selbst erfolgt nach Münchener Stadtrecht 47 bei Erb und Eigen durch Schiedsrichter unter Verloosung der Theile an die einzelnen Socii: Wer Erb und Eigen mit dem andern zu

Digitized by Google

theilen hat, der soll das binnen 14 Tagen nach dessen Klage thun, der ihn anspricht „und sol der Teil nicht anders neur mit dem loz gevallen und geschehn und soll jeder Teil 2 erbarn männer zu der Teil nemen.“ Mögen die 4 sich aber nicht über die Theile einigen, so soll der Rath den 5ten dazu geben. Die 5 sollen entscheiden. — Auch bei der offenen Handelsgesellschaft im besonderen findet sich eine Theilung durch Schiedsrichter. Vgl. z. B. Pauli, Lüb. Zust. Bd. I. U. B. No. 104: „Sciendum, quod presentes huic libro Joh. de Stokkem, Conr. Kubbeling de Brunswich ex parte Jordani Kubbeling fratris sui pie defuncti et Henricus van dem Wolde de Goslaria arbitrati sunt concorditer ad dictamen honorabilium virorum domini Symonis Zwerting, Wilhelmi Ostervich, Werderi de Stade, domini Hinrici Constantini, Johannis Niestad et Rudolphi monetarii super omni dissensione, que fuit inter predictos, ex parte societatis habite inter Hinr. van dem Wolde ex una et Johannem Stokkem et Jordanum Kubbeling parte ex altera, volentes in eo, quod ipsis in hac causa dictatum seu arbitratum fuerit per predictos sex arbitros sufficienter et sine contradictione contentari, et ultra hoc neutra pars ab alia quicquid exigere sive postulare. Unde dictatum sentencionatum et arbitratum est per eosdem. primo quod Joh. St. et Conr. Kub. predicti ipsi Hinrico van dem W. debent dare C et L aureos, pro quolibet aureo XII sol. Lub. computando, et cum hoc debet et dissensio esse sopita, mortificata et terminata. Porro quia in libro computacionis Jordani predicti repertum est, quod illi Mendele, Dur, incole Nurenburgenses adhuc tenentur solvere CLIX aureos, est sententiatum per eosdem arbitros, quod quicquid de hiis acquiri sive emoneri poterit, hoc tunc pertinebit Conrado Kubb. et Hinrico v. d. W. supradictis cuilibet pro medietate: hoc eciam super expensis ipsorum amborum debet emoneri. Insuper quia iidem Mendele computaverunt lucrum de falconibus, videlicet de quolibet falcone VIII aureos, cuius summa est IIII^{c} et XXIIII Mr., ut eciam inventum est in eodem libro computacionis Jordani, de hiis pertinent Hinrico v. d. W. CC et XII aurei et quidquid de illis emonere poterit hoc solus obtinebit; sed ad emonendum eos, debent ipsum predicti Joh. St. et Conr. Kub. meliori modo quo poterunt adjuvare. Item vendidit predictus Jordanus in Veneciis X Ghervalken, quemlibet falconem pro 29 aureis cum talibus proverbiis, quod si aliquis de eisdem falconibus moriatur antequam veniant ad Alexandriam, tunc pro quolibet qui morietur reddi debent XXIX aurei: pro quo posuit Jord. fidejussores et pro quo Joh. de St. tenetur respondere: ideo idem Joh. retinuit de dicta societate LVIII aureos, quia

Digitized by Google

[illegible] haben will [illegible] Bestimmung des Preis zu [illegible] man sich zu entscheiden. [illegible] gegen Empfang des Preises [illegible] so auch Lüb. R. III. 2. 292 [illegible] 4 Wochen; Statuta und [illegible] von 1443 Stat. 49 übereinstimmend mit Stat. [illegible] 21 (vgl. auch Hamburger Stadt R. von 1270 XIII. 25. [illegible] von 1497 P. 1 (Gesellschaft an einem [illegible] 14 Tage), Stadtbuch von Zutphen a. d. Anfg. d. 14 Jahrh. § 119 [illegible] (Hasdijk S. 70/80).

Die Theilung gibt jedem Gesellschafter seine Einlage zurück und [illegible] entsprechenden Antheil am Gewinn der Gesellschaft, z. B. bei gleichen Einlagen Pauli, Löb. Zust. Bd. III 101: „[illegible] scholden unde malck dat sin to nemen, elk den derden penning winnige und deme hovetstole" (der Einlage). In dieser Vertheilung tritt eine Aenderung ein, wenn einem Socius ein praecipuum [illegible] besondere Mühewaltung oder aus andern Gründen zuerkannt wird. S. z. B. Stralsunder Stadtbuch III. 93: „Herbert de Plessa et Joh. d. Lange habent in Flandria 30 [illegible] De his [illegible] Joh. in Riga [illegible]" Pauli, Lüb. Zust. Bd. III No. 8 [illegible]

Bei der Theilung [illegible]

[illegible]

denn einen Herren behalte; dat Pferd sollen sie auch nicht tödten, noch das Erbe verterben durch der Theilung willen." Demgemäss überlassen bei Böhmer U. B. der Reichsstadt Frankfurt S. 302 (i. J. 1296) 4 Geschwister und Miterben ihrem 5. Bruder ihre Antheile an einer „Curia et domus."

Forderungen der Gesellschaft werden in ähnlicher Weise einem der Socii überwiesen, so bei Pauli, Lüb. Zust. Bd. I. 104 (s. S. 85). Ebenso haben die Dresdener Schöffenurtheile 127 einen derartigen Fall: Heinrich und Peter haben meinem von mir ungesonderten Vetter 400 Mark gelobt. Jetzt bin ich von meinem Vetter gesondert und die Schuld „ist mir gebort in rechter Teilung." Daneben aber haben die Urkunden eine andere Art der Einziehung von Forderungen der Gesellschaft, indem die Socii ausmachen, dass die Forderungen auch nach der Gesellschaftsauflösung gemeinsam bleiben und wer von ihnen eine solche einzieht, den anderen ihren Antheil abgeben soll, so im U. B. der Stadt Lübeck Bd. IV. No. CCCVIII. von 1376: „Notum sit, quod dominus Gherardus Dartzowe et Johannes Krowel de Tarbato" (Dorpat) „in omni societate, quam ad in vicem habuerunt, coram testibus infrascriptis totaliter sunt separati penitus et divisi absque debitis infrasc(r)iptis, que ipsis ambobus pertinent videlicet cuilibet illorum dimidietas et quis eorum ipsa debita emonet et sublevet ille alteri medietatem inde debet disbrigare. In primo tenetur Everardus Ekeloo V marcas rigenses. Item Marke Nonkrilowe tenetur II^{m} cere. Item Radekinus Schiphorst habet ex parte illorum VI lastas allecium et I lagenam. Item Kuseman Durinc et Wassil Omitzeke tenetur XI frusta argenti. Item Jacobus Timmerman tenetur XII marcas rigenses. Item Arnoldus Schoneweder tenetur I lastam allecium, et predictus Johannes Krowel specialiter tenetur predicto domino Gherardo VII frusta argenti festo beati Martini proxime adventuro in Tarbato persolvenda, pro quibus Hinricus Wulf compromisit. Testes sunt honesti viri domini Arnoldus Suderland et Godekinus Travelman, consules Lubicenses, litteras habentes memoriales de premissis. Acta Lubecke, anno Domini M° CCC° LXX° sexto in vigilia beati Laurencii." Desgl. bei Stobbe, Breslauer Sign. Bchr. XXXV a. 1409: „Am Sonnabinde vor Sixti haben wir usgesprochen zwisschen Allexien Sachsen an eyme und Czachen von Gobyn am andern teile mit ir beider Wille In solcher masse, das Alexius Czachen an die 404 marke gross, die er uff Laurencien Andree Czudmars diener dirfordert hat, vor die jm Peter Strelin und Hannos Dumelos globet haben, weizen sal, das er die von jn furbas furdern sal uff alle tage, als sie die jm globt

Digitized by Google

haben, als das auch in brifen Stat buche geschreben stet, und was an ungewissen schulden ist u. an verlornem gewande, die vor der rechnung bleben sein, das sollen sie an beiden teilen ynfurdern; u. was jr einer davon yngefurdert, der sal dem andern sein teil davon geben, sunder alle ander schulde die sie in der gesellschaft mit Andr. Czudmar gehabt haben, die sollen Allexien gancz volgen ungehindert, und dormete sollen alle sachen an beiden teilen und jr beider frunden gancz und gar frundlich hengelegt und entscheiden sein. Also das ein teil das ander, furbasme umb die sache nymmerme anlangen non ansprechen sal geistlich noch weltlich noch in keiner weis."

Die Theilung ist im Zahlungsausgleich zwischen den Socii oft Veranlassung zur Schaffung neuer Obligationsverhältnisse zwischen den einzelnen früheren Genossen, so bei Pauli, Lüb. Zust. Bd. I. 104 (2 Socii müssen an den 3ten 150 aurei zahlen) und scheinbar auch in der ebenerwähnten Stelle bei Stobbe, Bresl. XXXV. (wo sich ein Forderungsrecht des Alexius Sachs gegen seinen bisherigen Socius Czudmar findet).

Eine besondere Art von Auseinandersetzung der Socii und Auflösung der Societät tritt ein, wenn einer von zwei Gesellschaftern (resp. der Erbe eines solchen) dem anderen seinen Geschäftsantheil überträgt. Hier fallen alle Societätsgüter, Forderungen, Schulden dem Einen zu. So Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. 91 (1460): „Hermen Wolbom vor dessen boke hefft bekand, dat he hebbe vorkofft unde uppelaten, vorkofft unde upleth jegenwartigen in krafft desser schrifft Wilhelm Nigenborge sodane selschopp, so he mit Ludiken Nigenborge, des erscreven Wilhelm Nigenborges vaders hadde, dar to alle sodane husere to Bergen in Norwegen in deme Holmedale belegen, unde vort alle schuld unde unschuld in de erscreven Zelsschopp behorende; darvor de erscreven Wilhelm Nigenborg deme Hermen Walbome schal gheven verhundert mark Lubesch, alse nu uppe Paeschen negest komende, vort overt iar anderthalff hundert mark, uppe Paeschen dar denne negest volgende ok anderthalff hundert mark, und uppe Paeschen dar volgende vefftich mark unde denne uppe Paeschen dar over negest volgende de nastanden vefftich mark umbeworen to betalende, so Wilhelm des vor dessem boke bekande. Unde desulffte Wilhelm lovede vurder, weret Zake, dat de erscreven Hermen Walbom van sodaner zelsschopp wegen in to komenden tyden angeklaget worde edder des halven in schaden queme, dat he mit zinen erven deme gesochten Hermen unde sine erven van der wegen degher unde ale schadelos holden wille."

Digitized by Google

Excurs.

Accommenda und Stille Gesellschaft.

1. Accommenda.

Vgl. *Goldschmidt,* De Societate en commandite.
Lastig i. Zsch. f. H.-R. Bd. XXIV. S. 407 ff. 2. A. und B.
Neumann, Wuchergeschichte S. 421.
Ducange, Glossar. vc. societas, socida, soccida, socceda, soceda, socidum.
v. Amira, Altschwed. Obl.-R. S. 678—680.

Die deutschen Quellen kennen den Vertrag unter dem Namen: „Sendeve", „Wedderleghinge"; umschrieben: seine Güter „bevelen, beloven, senden" einem „Diener zu Gewinn und Verlust", „Lieger."

Der Vertrag unterliegt denselben hansischen Verboten, wie die offene Gesellschaft, so z. B. Skrae v. Nowgorod im Lüb. U. B. I. S. 703/4 (Vgl. oben S. 29); Rigische Bursprake v. 1384 (Napiersky S. 208) 43: „Ok so ne schal wedder dutsche noch undutsche knechte holden efte wederlegghen, de se kopslagen bynnen der stad edder vor der porten." Dgl. Hanserecess v. 1434, wiederholt im Statutenbuch des Hansischen Comptoirs zu London Art. X. von 1447 (Lappenberg Hans. Stahlhof. U. B. No. 106), ebenso in der Rigischen Bursprake VII. (Napiersky S. 237) 89; desgl. in Lüb.-R. IV. 32: „Ock schall nen kopman van der hense sin gudt in flanderen senden, enem de buten der hense sy tho bevelende, sunder he sende dat enem, de in der hense hort, one win, beer unde herinck, dat mach he senden unde bevelen, weme he wil; ock schall nen henser selschop hebben mit jennigem manne, de in der hense nicht en hort, he sy schipper offte nicht."

Bestimmte Form für den Vertragsabschluss hat das mit Soester Recht bewidmete Medebach in Westphalen, Privileg Rainalds des Raugrafen von Dassel v. 1165 (Gengler S. 284. Grimm, Weisth. III. S. 74) § 15: „Qui pecuniam suam dat alicui concivi suo, ut inde negocietur in Datia vel Rucia vel in alia regione, ad

Digitized by Google

utilitatem utriusque assumere debet concives suos fideles, ut videant se sint testes huius rei; si postea ille, qui pecuniam accipit, fraudulenter egerit et falso juramento optinere voluerit: ille qui pecuniam prestitit, testimonio illorum qui aderant maiori justicia debet optinere, sic justum est, quam ille possit contradicere et si illi, qui presentes fuerunt, pro amicitia vel pro mercede vel pro invidia vel pro perfidia veritatem negare voluerint, singuli jurent super sanctos, quod nunquam advenerint.“ Grund ist der häufige Missbrauch. Vgl. Hans. U. B. ed. Höhlbaum Bd. II. 435/6, wo fälschlich von Hamburg ein Betrug angenommen wird: „Bene novit vestra prudentia, quod Bertoldus Hilghe civis vester cum stanno spoliato nostram civitatem intravit profitens se esse socium.“ Es wird hier erwiesen, dass derselbe in Wirklichkeit seinem Herrn und Socius Geld geführt habe.

Die Vollmacht des Beauftragten war eine weite. Hach, Lübisches Recht IV. 8: „Welck man enem syn gudt belouet buten landes: Deit ein borger einem andern borgere offte gaste gudt mede to der se werth to vorkopende to sinem besten, de genne, de dat gudt vorkopen schall, de is mechtich to donde unde to latende in aller mathe, unde de em dat gut belouet hefft, de mot em ock de rekenscopp belouen; darumme se ock malck tho wen he sin gudt belouet offte beuelet.“

Zweck des Vertrages ist der Verkauf oder Ankauf von Waaren. So der Verkauf bei Stobbe, Bresl. Sign.-Bchr. (Zsch. f. Schl. Gesch. VI.) XXV. a. 1403 p. 36: Am Dienstag nach Kilian sind vor uns gekommen zwei Gesellschafter, Ywan von Nowogrog und Dorfea. Der Commendatar Pet. Dorrmdorf soll „en di helfte wynnunge geben u. sal si beczalen des gutes di helfte wenn is vorkauft wirt, u. die andere helfte zu Warschaw mit silber u. furlon des gutes get uff Petir Dorrmdorf u. sal de vorgenan Lute antworten zu Warschaw, das got nicht gebe, ab das gut von bosin luten gnomen worde, das sal Pet. Do. di helfte schaden tragen.“ Zum Ankauf von Waaren und Handelsbetrieb mit Geld wird der Vertrag geschlossen bei Pauli, Lüb. Zust. Bd. I. No. 102 k. v. 1311: „Ch. de K. tradidit Fr..o de P. XX libras Angl. denar., cum quibus ipse F. mercabitur et medietatem lucri cum principali pecunia sibi tradita debet Chr..o applicare.“

Die Halbtheilung des Gewinnes zwischen Herr und Diener ist häufig. Vgl. auch Pauli, Lüb. Zust. S. 137 ff. Ib. No. 102 f. von 1311: „Notum sit, quod Arnoldus de Wilderthusen tradidit Godeconi de Werinchusen intra manus 54 Mr. den. ad dimidiam acquisitionem et fortunam, ad quas ipse godeco nichil posuit.“

Digitized by Google

Eigenthümer des dem Commendatar anvertrautes Gutes bleibt der Geber. Vgl. Pauli, Lüb. Zust. Bd. I. No. 102 l. v. 1319: „Joh. de Crusberghe habet C et XVIII Mr. arg. sibi per Gradum de Atendorn commissas in sendeve, eidem Grade pertinentes."

Auch in Verbindung mit einer offenen Gesellschaft und zwischen denselben Personen findet sich eine Sendeve, so bei Pauli, Lüb. Zust. Bd. I. 102 o. (1330): „Conr. Thelonearius habet 46 Mr. arg., contra quas relicta et pueri Gerardi de Attendorn majoris 92 Mr. arg. in vera societate tradiderunt. Preterea sibi tradiderunt specialiter CC Mr. puri arg. Lub. nomine sendeve ducendas per eundem." Aus einer Sendeve wird, wie es scheint, nachdem sich Gewinn angesammelt hat, unter Halbtheilung desselben eine offene Gesellschaft gebildet bei Pauli, Lüb. Zust. Bd. I. No. 103 A. (1360): „Notum sit, quod sub anno Dom. MCCCLX Quasi modo geniti Conr. Westphal et Otto Stormer socius suus computaverunt de Societate sua et habuerunt de computatione facta marcas MCCCC quarum M Mr. den. pertinent Conrado soli in antea et residuum pertinet ipsis ambobus equa sorte mercimoniali. Has autem MCCCC Mr. den. ipse Otto obtinebit in vera societate mercimoniali."

Ueber die Auflösung vgl. Statutenbuch des hans. Stahlhofs in London (bei Lappenberg No. 106) Art. LIX: „Van borgen gelt to hebben. Item weret, dat enich man in de Hense behorende eines borgen van der Hense gelt und wedderleggenge hadde, wan de vane eme scheden wil, so schal he dar kamen dar he wanet dar he wedderleggenge van ene genomen heft, und don eme mit fruntschop efte mit rechten des he eme plichtich sy. Und weret dar he sick des weigerde, so schal he in nener hanse stad borger wesen oft werden, it en were dat it ime sulk not beneme, dat he to der stede, alse de here dat eskede nicht en konde kamen." Entlehnt ist der Satz dem Recesse des Lübecker Hansetages vom 24. Juni 1480.

2. Stille Gesellschaft.

Stobbe, Zsch. f. H.-R. VIII Misc. No. VI, 6 hat einige aus früher Zeit stammende hierhergehörige Stellen abgedruckt. Auch die Stelle aus Otto Rulands Handlungsbuch S. 36 (s. oben S. 9) ist hier zu erwähnen.

Bei der stillen Gesellschaft geht das eingelegte Vermögen, wie beim Darlehn, in das Eigenthum des Empfängers über, der statt der Zahlung fester Zinsen an den Einleger diesen, unter der

Digitized by Google

Verpflichtung zur Theilnahme am Verlust, am Gewinn participiren lässt. Die Einlage wird auch als „gelendes geld“ bezeichnet, z. B. bei Pauli, Lüb. Zust. Bd. III. 97: „Hans Bückinck, borger to Lubeke vore sük unde Geverde Heynecken, synen musschup unde vulleselschup, nu tor tydt to Venedig liggende unde vor erer beyder erven vor dessem boke bekant, dat se seligen Hinrick Prumen nagelaten kyndern van hovetstole gelenden gelde und wynninge rechter bekentliker unde witliker schuld schuldich syn, so ere egenne hantscrifft mit eren upgedruckeden signeten gescreven in dat iare 78 Vincula Petri in seligen Hinrick Prumenn boke by der rekenschup ligende darliken inholt, darvan syck de summe belopt 15108 Mark u. 3 Schillinge lubesch hyr enboven steyd, noch buten wat de selschup van dato des iares na lude erer handscrift, alse anno 1478 beth upp dessen dach an winninge vorbetert is: so Hans Buckinck dit to merer tuchnisse umme dötlicher sake willen in dit boeck hefft heten scriven, dar he jegenwardich bii is gewesen.“ Ebenso ib. 95. Hier wird die stille Gesellschaft neben einer (dem weiteren Sinne von Widerlegung gemäss) als „vulle wedderlegginge“ bezeichneten offenen Gesellschaft geschlossen. „Gert Langerbeen van Munster in Westvalen, vor denem boke vor sich ande sine erven hefft bekand, dat he van Corde Graverde, borger to Lubeke, to syner noge vul unde alwol to danke to siner vulle wedderlegginge entfangen hebbe 871 Mark, dar de erscreven Gert so vele enjegen hefft; welker erer beider geldes he to erer beider besten unde eventure to gevinne unde verluste bruken schall unde mach. Unde de ergenomet Gerd heft furder bekand, ... dat he darto van deme Corde entfangen hebbe geleneden geldes 400 marc. lub. ok to erer beider besten mede to kopslagende, wellike 400 mark voran af gan scholen Corde to entfangende, wanner se de wedderlegginge under sik sliten unde scheden willen. Unde de vilgenomet Gerd schal noch en wil mit nemande anders selschup hebben, id en zy mit des erscreven Cordes vulbord unde willen, so sik Gerd des vorwillekord heft. Furdermeere heft desulve Gerd vor sik unde sine erven vor demesulven boke bekand, dat sodane terlingk“ (4eckiger Ballen) „laken darinne wesende 25 Bredepeppersche mit erer beder merke getekenet in de Revelschen bardesen geschepet, deme Corde propper egen tobehore, demsulften Gerde part noch deel darane hebbende.“

Die Frankfurter Reformation II. 23 § 12 bestimmt über die stille Gesellschaft, wie es (vgl. Roth, Nürnberger Handel S. 84/5) nach Müllners Chronik 1464 auch für Nürnberg durch eine Gesandtschaft an den kaiserlichen Hof ausgewirkt worden ist: „Wurde

Digitized by Google

jemandt eine namliche Summa Gelts, zu einer Gesellschafft, sonder Geding, und blöszlich, zu Gewinn und Verlust, wie es sich begeben möchte, legen, doch sonst mit dem Handel nichts zu thun haben wöllen, Und aber sich zutrüge, dass die Gesellschafft durch Ungefäll, oder sonst, Verlust leiden, und in Schaden gerahten würde, und die Schulden, von dem Hauptgut, so gemeine Gesellschafft zusammen gelegt, nicht möchten bezahlt werden: So soll derselbig, der — sein Gelt unverdingt in die Gesellschafft gelegt hat, mehr nicht zu bezahlen schuldig seyn, dann allein so viel, als sich nach Anzahl seines zugelegten Hauptguts gebührte, und damit der übrigen Schulden gar erledigt, auch alle andere seine Haab und Güter, von menniglich unangelangt, und unbeschwert gelassen werden: Ob sich auch gleich der Gesellschaft Vermögen, zu völliger Bezahlung der Schulden, nicht erstrecken thete."

Kuppener, Schrift v. Wucher E 6[v] (Neumann, Wuchergesch. Beilage E. S. 591) sagt: „das heute diszer czeit czimlichen ist, gelt czu legen bey einem kauffmann in eine gesellschafft oder kauffmanschatz .... auff gewin vnd vorlust." Vgl. über diese Gesellschaftsform auch Antwerpener Compilatae von 1608. Thl. IV. Tit. 9 § 1 No. 7/8.

Die für die beiden letztgenannten Gesellschaften angeführten Stellen bieten einen geringen Beleg dafür, dass sich interessante Anknüpfungspunkte für diese auch in Deutschland finden. Im übrigen aber wird die vorstehende Arbeit hoffentlich den Beweis liefern, wie wichtig es für das Verständniss der heutigen Handelsgesellschaften ist, ihrer deutschrechtlichen Entwickelung weiter nachzugehn.

Digitized by Google

Quellen- und Literaturverzeichniss.

Aachener Rechtsdenkmäler s. *Lörsch.*
Andersen s. Hamburger Privatrecht.
v. Amira, Altschwedisches Obligationenrecht 1882.
Antwerpener Costumen (Coutumes d'Anvers), ed. *De Longé* (Recueil des anciennes coutumes de la Belgique).
Augsburger Stadtbuch, ed. *Meyer.*
Blume von Magdeburg, ed. *Böhlau.*
Böhmer, Urkundenbuch der Reichsstadt Frankfurt, Bd. I.
Bremen s. *Ölrichs.*
Brünner Stadtrechte, ed. *Rössler.*
Brunner, Das Registrum Farfense, in den Mittheilungen des Instituts für östreichische Geschichtsforschung, Bd. II.
Bruns, Beiträge zum Deutschen Recht des Mittelalters. (Goslarer Rechtserkenntnisse.)
Brentano, Arbeitergilden der Gegenwart, Bd. I.
Calenberger Urkunden s. Urkundenbuch des historischen Vereins für Niedersachsen, Bd. IV.
Codex Diplomaticus Saxoniae Regiae, Bd. 8 u. 9: Leipzig von *Gersdorff* und *v. Posern.*
Danzig s. *Hirsch.*
Edictus Rothari, ed. Blume. (Mon. Germ.)
Eisenacher Rechtsbuch s. Rechtsbuch nach Distinctionen.
Endemann, Forschungen zur romanisch-kanonischen Wirthschafts- und Rechtslehre I. 3te Abhandlung S. 341 ff.
Endemann, Handelsrecht.
Ennen und *Eckertz,* Quellen zur Geschichte der Stadt Cöln, 2 Bde.
Erdmannsdörffer, De Commercio, quod inter Venetos et Germaniae civitates aevo medio intercessit. Diss. Lpzg. 1858.
Ersch und *Gruber,* Encyklopädie, I. Section, Band 50 vc. *Fugger (v. Stramberg).*
Fabricius, Stralsunder Stadtbuch.
Joh. Falke, Geschichte des deutschen Handels, 2 Bde.
Fidicin, Beiträge, Bd. I. Berliner Stadtbuch.
Gersdorff und *v. Posern,* Leipzig, s. Codex Diplomaticus Saxoniae.
Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht, Bd. I.
Görlitzer Landrecht s. *Homeyer.*
Goldast (Melchior Haiminsfeld), Suevicarum rerum scriptores aliquot veteres, Frkft. 1605.
Goldschmidt, Diss. de Societate en commandite.

Digitized by Google

Göttinger Urkundenbuch s. Urkundenbuch des historischen Vereins für Niedersachsen, Bd. VI u. VII.
Göttinger Gilden und Innungen aus dem Ordinarium des Raths und dem Buch der Kaufgilde (i. Monatsbericht der Berliner Akademie von 1879. S. 29 ff.).
Goslarer Statuten, ed. *Göschen.*
Grimm, Weisthümer, Bd. III.
Hach, Altes Lübisches Recht.
Hamburgs älteste Stadt- und Schiffsrechte, ed. *Lappenberg.*
Hamburger Privatrecht, ed. *Andersen.*
Hamburger Urkundenbuch s. *Lappenberg.*
Hannoversches Urkundenbuch s. Urkundenbuch des historischen Vereins für Niedersachsen, Bd. V.
Hansisches Urkundenbuch s. *Höhlbaum.*
Heineccius, Elementa juris germanici.
Hirsch, Danzigs Handels- und Gewerbsgeschichte im M.-A.
Homeyer, Des Sachsenspiegels erster Theil oder das sächsische Landrecht.
Homeyer, Sachsenspiegel Lehnrecht, Görlitzer Landrecht.
Homeyer, Richtsteig Landrechts.
Höhlbaum, Hansisches Urkundenbuch, Bd. I u. II.
K. D. Hüllmann, Städtewesen, Bd. I u. IV. 1826/29.
Jäger, Schwäbisches Städtewesen, Bd. I: Ulms Verfassungs-, bürgerliches und commercielles Leben im Mittelalter.
Klöden, Beiträge zur Geschichte des Oderhandels, 8 Stücke. 1845—52.
Koch-Senckenberg, Sammlung der Reichsabschiede, Bd. I u. II.
Kraut, De codicibus Luneburgensibus, Göttingen 1830.
Kraut, Grundriss des deutschen Privatrechts.
Kuntze, Princip und System der Handelsgesellschaften (in d. Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. VI).
Lappenberg, Aelteste Stadt- und Schiffsrechte Hamburgs.
Lappenberg, Hamburger Urkundenbuch.
Lappenberg, Urkundliche Geschichte des Hansischen Stahlhofs in London.
Lastig in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 23 u. 24.
Lastig, Entwickelungswege und Quellen des Handelsrechts.
Lörsch und *Schröder*, Urkunden, 1. und 2. Auflage.
Lörsch, Aachener Rechtsdenkmäler.
Leipzig s. Codex Diplomaticus Saxoniae.
Lübisches Recht s. *Hach.*
Lübeck, Urkundenbuch der Stadt Lübeck, 4 Bde.
Lüneburg s. *Kraut.*
Magdeburg-Breslauer Systematisches Schöffenrecht, ed. *Laband.*
Magdeburger Fragen, ed. *Behrend.*
v. Meiller, Oestreichische Stadtrechte (im Archiv für Kunde östreichischer Geschichtsquellen, Bd. X. 1853. S. 89 ff.).
Michelsen, Der ehemalige Oberhof zu Lübeck.
Milano, Consuetudini di Milano del anno 1216, ed. *Berlan.*
Michnay und *Lichner*, Ofener Stadtrecht von 1244—1421, 1845.
Mone, Zeitschrift für die Geschichte des Oberrheins, Bd. IV u. V.
J. G. L. Napiersky, Die Quellen des rigaischen Stadtrechts bis 1673, Riga 1876.
Neumann, Geschichte des Wuchers in Deutschland bis 1654, Halle 1865.
Niesert, Münsterisches Urkundenbuch.
Nordijk, Rechtsbronnen der stad Zutphen. 1881.

Digitized by Google

Ölrichs, Dat rigische Recht u. de gemenen stichtischen Rechte.
Ölrichs, Vollständige Sammlung alter und neuer Gesetzbücher Bremens 1771.
Pardessus, Collection des lois maritimes, 6 Bde.
Pauli, Lübeckische Zustände im Mittelalter, 3 Bde. (Die durch Angabe von Band und arab. Ziffer bezeichneten Citate sind den jedem Bande angehängten Urkunden entnommen.)
Pauli, Abhandlungen aus dem lübischen Recht, 4 Bde.
Pölman'sche Distinctionen, Ausg. von 1574 und 1576.
Prager Stadtrecht, altes, ed. *Rössler.*
Pufendorf, Observationes, 4 Bde., Appendices.
Purgoldt's Rechtsbuch, ed. *Ortloff.*
Rauch, Rerum Austriacarum Scriptores, Bd. III. Wien 1794.
Regesto di Farfa (Catino).
Rechtsbuch nach Distinctionen und Eisenacher Rechtsbuch, ed. *Ortloff.*
Richtsteig s. *Homeyer.*
Riga s. *Napiersky* und *Ölrichs.*
Roth, Geschichte des Nürnbergischen Handels, Leipzig 1800.
Ott Rulands Handlungsbuch (i. Bibliothek des literarischen Vereins in Stuttgart 1843).
Sachsenspiegel s. *Homeyer* und *Zobel.*
G. F. Sartorius, Urkundliche Geschichte des Ursprungs der deutschen Hansa ed. *Lappenberg.*
Siegener Stadtrecht, (de veteri Siegenensium statuto) v. *Achenbach*, Bonn 1855.
Stahlhof s. *Lappenberg.*
Stendaler Urtheilsbuch, ed. *Behrend.*
Stralsunder Stadtbuch s. *Fabricius.*
Stobbe, Aus Breslauer Signaturbüchern (i. d. Zeitschrift für die Geschichte Schlesiens, Bd. VI).
Stobbe, Miscellen zur Geschichte des Deutschen Handelsrechts (i. d. Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. VIII. S. 51 ff.).
Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts, Leipzig 1855.
Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen, Bd. I.
Studi e Documenti di Storia e Diritto, Bd. I.
Tomaschek, Deutsches Recht in Oestreich (Iglau) im 13. Jahrhundert.
Tzschoppe und *Stenzel*, Urkundenbuch.
Urkundenbuch des historischen Vereins für Niedersachsen. Bd. IV: Calenberger Urkunden. Bd. V: Hannover. Bd. VI u. VII: Göttingen.
C. F. Walch, Vermischte Beiträge zum Deutschen Recht, 1771, 8 Bde.
Waitz, Verfassungsgeschichte, Bd. I. IV. V.
Wasserschleben, Rechtsquellen, Bd. I.
G. Winter, Wiener Neustädter Recht des 13. Jahrhunderts, 1880.
Zobel, Glosse des Sachsenspiegels.
Zöpfl, Das alte Bamberger Recht.

Druck von E. Gruhn in Warmbrunn.

Digitized by Google

Untersuchungen

zur

Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte

herausgegeben

von

Dr. Otto Gierke,

ordentl. Professor an der Universität Breslau.

XVI.

Mutterrecht und Raubehe

und

ihre Reste im germanischen Recht und Leben

von

Dr. Lothar Dargun,

Privatdocent d. deutsch. Rechts in Krakau.

Breslau.

Verlag von Wilhelm Koebner.

1883.

Digitized by Google

Mutterrecht und Raubehe

und

ihre Reste im germanischen Recht und Leben

von

Dr. Lothar Dargun,
Privatdocent d. deutsch. Rechts in Krakau.

Breslau.
Verlag von Wilhelm Koebner.
1883.

Digitized by Google

Inhalt.

Seite

I. Über das Mutterrecht . . . . 1—77

Einleitung: Allgemeines. Nachrichten über das Mutterrecht bei den Alten. Detaillirte Übersicht der Verbreitung desselben in den verschiedenen Weltteilen. Speciell bei den arischen Völkern, Indern, Römern. Das Mutterrecht allgemeines Entwicklungsgesetz. Das arische Urvolk liess wahrscheinlich nur Verwandtschaft im Weiberstamm gelten. Der Inhalt des Mutterrechts und die mannigfachen Übergangsformen zur Agnation . . . . 1—20

Erstes Capitel: Das Mutterrecht und die Germanen. Tacitus Germ. c. 20 über Oheim und Schwestersohn. Wenn dies wirklich ein Rest von Mutterrecht ist, müssen noch andere Spuren desselben nachweisbar sein. Disposition der weiteren Untersuchung 21, 22

Zweites Capitel: Die Ehe ohne Mundium und das factische Vorkommen des Mutterrechtes. Die eheliche Gewalt nach longobardischem Recht nicht bloss Anwendungsfall des Vormundschaftsrechtes. Die longob. Ehe enthält wesentliche, nicht notwendig im Mundium begriffene Befugnisse, daher Ehen ohne Mundschaft des Mannes möglich. Beweis dafür aus dem Edikt. Directe Zeugnisse für Ehen ohne Mundium. Gehörten die Kinder aus solchen Ehen unter die Gewalt des Vaters oder des Mundwalds der Mutter? Bei Ehen unter Vollfreien ist dies zweifelhaft, bei allen andern Ehen gilt nach longob. Rechte der Grundsatz: die Kinder folgen der Mutter. Das nämliche Princip unbeschränkt anerkannt im fränkischen, friesischen, alemannischen Recht. Das angelsächsische und skandinavische Recht. Stellung der Unehelichen nach nordischen und deutschen Rechten. Ihre enge Verbindung mit der Familie der Mutter, auch wo die Vaterschaft sicher ist. Folgerungen auf einstiges Mutterrecht . . . . 23—43

Drittes Capitel: Wo Mutterrecht herrscht ist das Verhältniss zwischen Vater und Kindern, Mann und Weib vorwiegend vermögens-, nicht familienrechtlich. Belege für die germanischen Völker. Preisgebung der Frauen an den Gast. Stellvertretung des Ehemanns bei der Zeugung. Eigentumsähnliche Gewalt des Ehemanns, Vertretbarkeit — Vererben — Verschenken der Frau. Belege für die ursprünglich leichte Ehetrennung, welche Unsicherheit der Vaterschaft erzeugen musste. Andere Ursachen derselben. Verhältniss zwischen Vater und Kindern. Das Eheband geringer geachtet als das zwischen Mutter und Kind und das mit Verwandten des Weiberstammes. Belege aus Geschichte, Sage und den Volksrechten. Zusammenfassung. Folgerungen . . . . 43—

Digitized by Google

Seite

Viertes Capitel: Das Mutterrecht in der Lex Salica und im germanischen Erbrecht. Die Titel der Volksrechte „De alodis". Tabelle zu ihrer Übersicht. Bevorzugung des Weiberstammes und der Weiber im Erbrecht. Kritik der bisherigen Lehre. Erklärung aus dem Mutterrecht. Die Gerade und ihre älteren Analoga. Scheinbarer Widerspruch zwischen der Erbberechtigung und der abhängigen Stellung der Frauen. Die Titel Leg. Sal. De adfathimus und De chrenecruda; der letztere enthält Reste des Mutterrechts, der erstere vielleicht einen Hinweis auf den vom Mutterrecht zur Agnation zurückgelegten Weg . . . . 60—72

Fünftes Capitel: Die Sprachwissenschaft und das Mutterrecht. Bedeutung der Wurzelwörter der deutschen Verwandtschaftsnamen. Die Annahme einer altarischen, patriarchalischen Familienordnung wird dadurch nicht gerechtfertigt, im Gegenteil die Annahme des Mutterrechts beim arischen Urvolk unterstützt. Schluss . . . . . 72—77

II. Die Raubehe und ihre Spuren im germanischen Recht und Leben . . . . 78—140

Einleitung: Allgemeines. Disposition. Einteilung der in Betracht kommenden Völker in zwei Klassen, in solche, bei denen Frauenraub (Entführung) wesentlicher Teil des Eheschliessungsaktes ist und in solche, bei denen Frauenraub oder seine Reste nur als Hochzeitsspiele oder Scherze, ohne rechtliche Bedeutung überleben. Die erste Klasse zerfällt in drei Stufen: 1) Völker, die Raubehen ohne Rücksicht auf Zustimmung der Gewalthabers der Geraubten gewohnheitsmässig schliessen. 2) Völker, die für den Raub nachträglich Busse oder Kaufpreis zahlen lassen, also mit dem Gewalthaber hintennach sich einverstehen. 3) Völker, bei denen der Bräutigam seine Braut zu rauben hat; vorheriges Einverständniss mit ihrem Gewalthaber. Gesonderte Behandlung der nichtarischen Völker, der nichtgermanischen Arier, der Germanen . . . . 78—80

Raubehe bei nichtarischen Völkern S. 80—92. I. Klasse. 1. Stufe S. 80—85. 2. Stufe S. 85, 86. 3. Stufe S. 86, 87. II. Klasse . 87—92

Raubehe bei den nichtgermanischen Ariern . . . . 92—110
I. Klasse. 1. Stufe. Inder, Slaven S. 93—95. 2. Stufe. Slaven, Lithauer, Inseljonier, Osseten S. 95—98. 3. Stufe. Altgriechen, Römer, Slaven S. 98—102. II. Klasse. Kelten, Slaven, Moldauer und Walachen. Romanische Völker . . . . 102—110

Die räumliche Verbreitung der Raubehe und ihrer Symbole 110, 111

Die Raubehe und ihre Reste bei den Germanen. Ehe durch Entführung, zum Teil selbst durch Raub in den Volksrechten anerkannt, wenn auch bestraft. Terminologie. Häufigkeit des Wittwenraubs. Das altnordische Recht. Historische Beispiele des Frauenraubes. Die Sagas: Rauben der eigenen Braut; Heirat mit der Tochter des erlegten oder doch überwundenen Feindes; kriegerische Werbung. Der Freier als Feind. Die deutsche Sage: Gudrun. Hochzeitsspiele. Kriegerischer Charakter der Werbung und Heimführung Scheinraub

Digitized by Google

Seite

der Braut durch den Bräutigam. Andere Symbole. Der Brautlauf. Verstecken der Braut. Sperren des Weges bei der Heimführung durch die Dorfjugend und Entführen der Braut durch dieselbe. Altertum und weite Verbreitung dieses Brauches. „Des roubes brouch und recht" . . . . 111—138

Einordnung der Germanen in die obigen Klassen. Resultat: Reconstruction der vorhistorischen germanischen Raubehe . . . . 138—140

Anhang . . . . 141—151

Über den Titel 44 des salischen Volksrechts: „De reipus". Inhalt des Titels. Bevorzugung der Spillmagen erklärbar aus dem Mutterrecht. Strafrechtlicher Charakter des Titels; aus Ludwigs des Frommen Capitulare v. J. 819 § 8 folgt, dass die salische Wittwe wider Wunsch und Willen ihrer Verwandten geehelicht wurde. Das germanische Verbot der Wittwenehe durch Entführung umgangen. Erklärung des achasius und reipus daraus. Beides trägt den Charakter der Sühne. Wittum, Mundbrüche, reipus in ihrer wechselseitigen Beziehung. Aus der ursprünglichen Entführungsbusse hat sich der Kaufpreis des Mädchens, aus diesem das Wittum entwickelt, daher das gerade Verhältniss zwischen Wittum und Mundbrüchen in allen Volksrechten. Auch bei andern Völkern ist der Kaufpreis des Weibes aus der Entführungsbusse hervorgegangen. Beispiele. Der reipus ist gleichfalls Entführungsbusse. Sinn des Wortes reipus, Vergleichung des Titels 44 mit dem Tit. XIII leg. Sal., wo der Frauenraub (Raubehe) gleichfalls mit 63 sol. bestraft wird. Warum die Erben des verstorbenen Ehemanns der Wittwe nicht gleich seinen übrigen Verwandten, in Ermangelung der Spillmagen den reipus beanspruchen dürfen? Schluss.

Alphabetisches Verzeichniss . . . . 153—161

Digitized by Google

Rechtes vorhergegangen sein und in der Tat sind Spuren einer solchen Zeit erkennbar, die im römischen, germanischen und selbst in modernen Rechten als sozusagen irrationale, weder aus dem Rechtssystem noch aus bloss natürlichen Verhältnissen erklärbare Elemente auftreten.

Bachofen ist auf eine Reihe derartiger Erscheinungen aufmerksam geworden und hat die Ergebnisse seiner Forschung in dem grundlegenden Werk über das „Mutterrecht" veröffentlicht.[1] Ihm gebührt die Priorität der Entdeckung, welche, sieht man von verschiedenem, mangelhaft begründetem Nebenwerk ab, in der Behauptung gipfelt, jeder Volksstamm müsse notwendig eine Zeit durchleben, wo ihm alle Verwandtschaft allein durch mütterliches Blut vermittelt wird, ein System, das durch den ganz angemessenen Ausdruck „Mutterrecht" bezeichnet werden soll.

Von den vielen, die alte Welt betreffenden, die inductive Grundlage der Bachofenschen Theorie ausmachenden Tatsachen sollen hier nur einige der Wichtigsten Erwähnung finden.

Herodot berichtet von den Lykiern: Sie benennen sich nach der Mutter und nicht nach dem Vater. Denn frägt man einen Lykier wer er sei, so wird er sein Geschlecht von der Mutterseite angeben und seiner Mutter Mütter herzählen und wenn eine Bürgerin mit einem Sklaven sich verbindet, so gelten die Kinder für edelgeboren, wenn aber ein Bürger, und wäre es der vornehmste, eine Ausländerin oder ein Kebsweib nimmt, so werden die Kinder unehrlich (*ἄτιμα*).[2]

Nicolaus von Damaskus bestätigt diese Nachricht und fügt hinzu: „Sie vererben ihre Hinterlassenschaft auf die Töchter, nicht auf die Söhne".

Ueber Athen melden mehrere Autoren erst unter König Cecrops Regierung habe man die dort herrschende Gewohnheit, die Kinder nach der Mutter zu benennen, aufgegeben.[3] Auch die griechischen Lokrer sollen nach Polybius im Beginn ihrer Ansiedlung Geschlecht

[1]) Das Mutterrecht. Eine Untersuchung über die Gynaikokratie der alten Welt nach ihrer religiösen und rechtlichen Natur. 4°. Stuttgart 1861. Die Hauptresultate des Werkes hat Giraud-Teulon in seiner Schrift: „La mère chez certains peuples de l'antiquité". Paris & Lpz. E. Thorin et Brockhaus in gefälligerer Form zusammengefasst.

[2]) Herod. I, 173. Bachofen l. c. S. 1—28 u. 390—398.

[3]) Bachofen p. 41—84: Varro bei Augustin. De civit. Dei 18, 9. Es ist nicht zu läugnen, dass auch die l. c. S. 45 angeführten Verse des Aeschylos dem ursprünglichen, hellenischen Mutterrecht als Zeugniss zu dienen geeignet sind.

Digitized by Google

und Adel von den Müttern hergeleitet haben.[1]) Es sind dies zwei von einander unabhängige Belege, die, wenn man bedenkt, dass Mutterrecht bei rohen Völkern tatsächlich etwas normales, überaus verbreitetes ist, dass ferner die reine Erfindung mehrerer mit diesem Factum übereinstimmender Angaben unendlich unwahrscheinlich wäre, die Existenz dieses Rechtes in der hellenischen Urzeit so gut wie beweisen. Andere Nachrichten deuten auf eine verwandte Organisation im alten Ägypten, wo auf die Stammfolge in weiblicher Linie alten Inschriften zufolge auffallendes Gewicht gelegt wurde und die Frauen sowie der Isiskult eine bedeutsame Rolle spielten[2]), und bei den Etruskern, welche in Grabinschriften den Namen der Mutter bevorzugen, den des Vaters häufig abkürzen oder ganz übergehen.[3])

Durch umfassende Vergleichung lebender, wilder Völker überzeugten sich die Ethnographen nicht ohne Staunen, dass in jedem Weltteil das scheinbar so abnorme Mutterrecht in Kraft war oder ist und bei einem grossen Teil der aussereuropäischen Menschheit jetzt noch tatsächlich vorwiegt. Dem Areal nach ist es vielleicht, wenn wir die Urbevölkerungen allein berücksichtigen, sogar verbreiteter als das agnatische System und wenige Länder gibt es, die nicht wenigstens Spuren seiner einstigen Herrschaft aufzuweisen hätten.

Diese Tatsachen nötigten die Wissenschaft zur Anerkennung der behaupteten Wahrheit, ohne Rücksicht auf Rasse, Klima und sonstige äussere Einflüsse, d. h. also infolge einer allgemeinen Eigentümlichkeit der menschlichen Natur sei das Mutterrecht regelmässig dem agnatischen System vorangegangen, was also auch für die Vorzeit derjenigen Völker gelten muss, bei welchen letzteres in der geschichtlichen Zeit fast ohne Schranken geherrscht hat.

Wenngleich diese Lehre zu den bestbegründeten der vergleichenden Ethnographie gehört und verschiedene Spezialarbeiten eine reichliche Anzahl darauf bezüglicher Daten enthalten, hat doch

---

[1]) l. c. S. 309, über minyeisches Mutterrecht das. 214. Über Athen auch Suidas und Justinus s. M'Lennan Kinship in Ancient Greece in den „Studies in Ancient History", Lond. 1876, wo die Spuren des hellenischen Mutterrechts in Sage und Geschichte eingehend behandelt werden. Über die Griechen vgl. auch Giraud-Teulon 235 ff. (s. nächste Note). Jene Studies, (worin der Abdruck der berühmten Abhandlung: „Primitive marriage") sollen hier ferner nur mit dem Namen M'Lennan citirt werden.

[2]) Giraud-Teulon A. Les origines de la famille Genève 1874. p. 21, 242—265.

[3]) l. c. 20. Näheres über das Mutterrecht dieser Völker im selben Werk.

niemand bisher eine befriedigende, einigermassen detaillirte Übersicht des Verbreitungsgebietes der Verwandtschaft im Weiberstamm zu bieten unternommen, so sehr auch eine solche aus ethnographischen Gründen, besonders aber als inductive Grundlage für Monographieen, wie die vorliegende, wünschenswert erschien.

Es soll demnach versucht werden, diesem Mangel abzuhelfen, wobei nur eine relative Vollständigkeit erstrebt und von vornherein hervorgehoben wird, dass bei einer gewissen, nicht allzugrossen Zahl roher Naturvölker das reine agnatische Familiensystem constatirt ist und jeder solche Fall zwar in einer grösseren Abhandlung über das Mutterrecht im Allgemeinen einer besonderen Erörterung bedürfte, wir uns jedoch mit Erwähnung der wichtigeren dieser Ausnahmen begnügen müssen. Selbstverständlich ist, dass, wo irgend ein Volk bereits hochgebildet und staatlich organisirt den Schauplatz der Geschichte betritt und directe Nachricht über seine Urgeschichte abgeht, auch von seiner primitiven Familienverfassung nichts oder wenig überliefert wurde. Dies gilt namentlich von den alten Culturnationen mongolischen und semitischen Stammes. Auch die brahmanische, buddhistische und mahommedanische Religion haben bei ihren Bekennern eine für deren nationales Familienrecht zerstörende Wirkung ausgeübt, daher auch in ihrem grossen Verbreitungsbezirke nur vereinzelte Reste des Mutterrechtes nachweisbar sind. Am besten kann man die Richtigkeit dieser Angabe an den malaïschen Völkern der Halbinsel Malakka und des riesigen Gebietes der Sundainseln erhärten. Wo immer die altmalaïsche Familienverfassung überlebte, herrscht Verwandtschaft durch Mütter allein. Wo dagegen der Islam eingedrungen, hat die agnatische Familienordnung den Siegeszug mitgemacht und das alte Recht mehr oder minder vollständig vernichtet.[1]) Hingegen ist dasselbe bei der wilden (heidnischen) Urbevölkerung der Inseln Sumatra[2]), Borneo[3]), sowie der Malediven[4]) und Molukken[5]) und bei den Khassias in Siam[6]) in voller Blüte geblieben, ebenso wie im ostasiatischen Gebirge, wo gleich wie in unseren Alpen und Karpathen Sitten und Bräuche der Vorzeit länger als in der Ebene

[1]) Waitz, Anthropologie der Naturvölker V, 146, 151, 153.

[2]) Giraud-Teulon, Origines de la famille. Genève et Paris 1874 (fernerhin bloss mit Gir.-Teul. citirt) p. 243.

[3]) Peschel, Völkerkunde 1874. S. 243.

[4]) Gir.-Teul. 15.

[5]) Post, Anfänge des Staats- und Rechtslebens. Oldenb. 1878. S. 135.

[6]) Post, Die Geschlechtsgenossenschaft der Urzeit. Oldenb. 1875. S. 99.

Digitized by Google

beharren. So namentlich bei einer ganzen Reihe nach Millionen von Köpfen zählender, vom Hinduismus noch nicht völlig umgestalteter Völkerschaften Indiens.[1])

Dem gegenüber stellt sich der Zustand der heidnischen Nomaden des russischen Asien als Ausnahme dar. Die Verwandtschaftsordnung bei ihnen ist agnatisch, doch hat vielfach das ältere Recht unmissverständliche Spuren zurückgelassen. Bei den Ostjaken z. B. hat nur der Oheim, Bruder der Mutter das Recht ein Mädchen zu verheiraten[2]) und bei den Itelmen Kamtschatkas ist bis zum heutigen Tag das Blut der Mutter für die Familienzugehörigkeit des Kindes massgebend.[3])

Letzteres gilt auch von den meisten Völkern Afrika's, soweit nicht uralte Cultur, wie in Aegypten und Habesch, oder der weithin verbreitete Islam diesem Zustand ein Ende bereitet haben. Unabhängig von einander berichten die Reisenden aus den weitest zerstreuten Gegenden dasselbe: Mehrere sprachlich und ethnisch nicht verwandte, der Hautfarbe und Sprache nach völlig verschiedene, unter ungleichem Klima lebende Rassen begegnen sich in dem einen, gemeinsamen Zuge. Wenn man Afrika, vom mittelländischen Meere und dessen Küstenbewohnern ausgehend, west- und südwärts bis zum Cap der guten Hoffnung und von hier nordöstlich bis zum Zambesi[4]), umschreitet, wird man finden, dass die grosse Mehrzahl der Stämme — an der Westküste fast alle ausnahmslos — reines oder modificiertes Mutterrecht üben.[5]) Dabei

---

[1]) Die Bevölkerung des Landes Travankor (im Süden von Malabar, somit von Indien). Lubbock, Entstehung der Civilisation. Jena 1875. S. 125; drei zahlreiche Völker der Telugukaste in Malabar, worunter die vielgenannten Nairs, über deren eigentümliche Verfassung eine kleine Literatur entstanden ist. Ausland 1880. S. 376; ferner die Kasias im Pandugebirge und die Garos Gir.-Teul. 42; die Bantarvölker in Tulawa Lubbock l. c. 124; die Yerkalas Bastian, Die Rechtsverhältnisse bei verschiedenen Völkern der Erde. Berl. 1872. S. 173; die Mahraten von Tanjour Gir.-Teul. 204; die Karens zwischen Birma und Siam (l. c.) u. A. m. Gir.-Teul. l. c. ders. S. 63. Lubbock, Entstehung 125. Zahlreiche weitere Belege liefert Bachofen, Antiq. Briefe. Strassb. 1880, namentlich Bf. 26: „das Priesterthum der Brahmanen und die Schwestersohnsvölker Nord-Indiens u. Bf. 27—30 (S. 216—278) über die Schwestersohnsvölker Malabars.

[2]) Gir.-Teul. 160.

[3]) Peschel a. a. O.

[4]) Die Völker zwischen Abessynien und Zambesi sind so gut wie nicht bekannt. Friedr. Müller, Ethnogr. 1. Aufl. 150.

[5]) Die Tuaregs oder Berberstämme, ein in Tunis und Algier, über alle Oasen des nördl. Afrika, sowie über die ungeheueren Ebenen der Senegal-

Digitized by Google

ist es wol erklärlich, dass die dem asiatischen Culturheerd abgewendete westliche Hälfte Afrikas die primitiven Zustände treuer erhalten hat.

Nicht minder war auch in Amerika, zur Zeit der Entdeckung dasselbe Recht in grösster Verbreitung vorhanden. Die isolirte Lage dieses Weltteils war für Erhaltung des Altertümlichen besonders günstig, seine Ausdehnung durch alle bewohnbaren Breite-

länder verbreitetes Nomadenvolk sind, der Annahme des Mahommedanismus zum Trotz, der alten Familienverfassung treu verblieben. (Gir.-Teul. 28, 34. Gartenlaube 1881, S. 72. Waitz, Anthr. II, 132, Peschel l. c.). Verwandtschaft durch Mütter allein findet sich ferner im Westen: bei den Wolofs (Yolofs) Waitz II, 104, 132 f.; dem grossen, den breiten Gürtel vom unteren Senegal im Westen bis zu Darfur im Osten bewohnenden Fulahvolk (Waitz, Anthr. II, 132, 469); den Torodos (Fulahs mit Negern vermischt). Bastian, Rechtsverh. 183 Note; Serakolets (das.); Mandingos (das. u. Waitz II, 131): Fanti (Waitz II, 114, Gir.-Teul. 143); Aschanti (Waitz II, 132, Schneider, Handbuch der Erdbeschreibung 1857, II, 650, Peschel a. a. O.), in Akra (Waitz II, 123, 133) und überhaupt längs der ganzen Goldküste (Gir.-Teul. 143, Bastian 182, Peschel 243); weiter südlich im Königreich Dahome; an der Guineaküste (Gir.-Teul. 32 ff.); in Kongo und Loango (Waitz 132 f., Lubbock l. c. 123); in Angola (Güssfeld im Correspondenzbl. der deutschen afr. Gesellsch.); ferner bei den Kimbundas und den Bihe (an der Küste, nördlich von den Herero) (Gir.-Teul. 161 f.), Mutterrecht üben die Damara (Waitz II, 416) und Herero (Gir.-Teul. 27) in Westafrika. Letztere Nachricht stammt von Theophil Hahn (s. Fritsch, Die Eingeborenen Südafrikas. Bresl. 1872. S. 228) und ist sowol dieser Quelle, als namentlich der ethnographischen Stellung der Herero wegen von Bedeutung. Sie gehören nämlich zur grossen, sämmtliche ostafrikanische Völker vom Cap, bis an das Gebiet der Galla umfassenden Rasse der Bantu, zu welcher Fr. Müller auch die Bewohner von Benguela, Angola, Congo und Loango sowie die noch zu nennenden östlichen Völker mit Ausnahme der Barea und Hottentotten hinzuzählt. „Die Bantus bewohnten ursprünglich den Nord-Osten Afrikas, standen daher frühzeitig in feindlichem und freundlichem Verkehre mit den von Asien eindringenden Stämmen der mittelländischen Rasse, speciell den Hamiten“. Manches an ihrem leiblichen und geistigen Typus ist nur durch diesen innigen Verkehr erklärlich (Fr. Müller l. c. 148). Wenn nun die äussersten Vorposten der Rasse, die politisch am wenigsten vorgeschrittenen Herero, sowie die Congovölker Mutterrecht üben, ein Recht also, welches historisch dem agnatischen nachweisbar vielfach voranging, ihm aber nirgends gefolgt ist, so ist mit Wahrscheinlichkeit dasselbe für die gesammte Bantufamilie vor ihrer Trennung anzunehmen und die Abweichung bei ihren südlichen Zweigen auf historischen Fortschritt — vielleicht mittelländischen Einfluss zurückzuführen.

Setzen wir die Wanderung um Afrika herum fort, so gelangen wir zunächst zu den Basutos (Gir.-Teul. 162) und Betschuanas (im mittleren Südafrika zw. dem 17. u. 19. Grad südl. Br., bei welchen die Kinder im Falle der Ehescheidung stets nur bei der Mutter verbleiben (Ausland 1881 S. 151) und zu den Namaqua (Hottentotten) einem nomadischen Hirtenvolk, bei welchen, wie nach Kolbs Zeugniss (Beschreibung des Vorgebirges der Guten

Digitized by Google

grade liefert eine gewisse Garantie dafür, dass die dort allgemeinen Culturerscheinungen von klimatischen Einflüssen unabhängig, nur der Natur des Menschen zuzuschreiben sind. Die Eingeborenen befanden sich auf den verschiedensten denkbaren Culturstufen, von der fast tierischen Rohheit der Californier, bis zur glänzenden Civilisation Mexiko's und Peru's und da uns die Gemeinsamkeit der Rasse aller dieser Völker für einen gemeinsamen Ausgangspunkt ihrer Cultur bürgt, so können wir sicher sein, dass die neben einander erhaltenen mannigfachen Grade der Bildung uns die Entwicklungsstadien darstellen, welche dieselben nacheinander im Laufe der Geschichte durchzumachen hatte. Die Mexiko und Peru beherrschenden Ideen finden sich sowol in den ziemlich hochstehenden übrigen mittel- und ostamerikanischen Staaten, als selbst bei den nomadisirenden Jägervölkern in minder entwickelten Formen wieder. In den genannten Staaten herrschte das agnatische System mit unverkennbaren Spuren des Mutterrechts, während bei der ganzen, ungeheuren Zahl der Jägervölker von der Mündung des Mississippi bis zu den Rocky Mountains und von Californien bis zur Hudsonsbay zur Zeit der Entdeckung reines Mutterrecht geübt wurde. Das Gleiche gilt von den Völkern des mittleren und in beschränkterer Weise auch von denen des südlichen Amerika. Hier sind nämlich

Hoffnung, gezogen aus den Anmerkungen M. Peter Kolbens, Frankf. u. Leipz. 1745. S. 197) bei allen Hottentotten, die Güter sämmtlich auf den ältesten Sohn des Verstorbenen, oder seinen nächsten männlichen Anverwandten, niemals auf die Kunkelseite erben (Fr. Müller, 2. Aufl. 110). Ähnlich ist es bei den Kaffern. Nach Gir.-Teul. 27, welcher darin d'Alberti folgt, soll allerdings bei ihnen ausschliesslich Mutterrecht herrschen. Fritsch, der grösste Kenner dieser Völker (vgl. a. a. O. 112, 141) weiss jedoch nichts davon zu erzählen. Im Gegenteil, den Vater soll der Sohn beerben. Doch gibt es auch bei den Kaffern Züge, die auf ein ehemaliges Mutterrecht deuten. Das Verhältniss des Vaters zu den Kindern ist nicht das der Blutsverwandtschaft, sondern in erster Linie ein vermögensrechtliches, daher Verpfändung der Kinder durch ihn nicht selten vorkommt. (l. c. 141 vgl. S. 96), auch haben nur die Kinder der Hauptfrau eines Häuptlings das Recht der Thronfolge und die Abstammung von einer „grossen Frau" entscheidet über die strittige Oberhoheit unter den Häuptlingen. (l. c. 92). Reines Mutterrecht findet man dagegen am Flusse Zambesi (Peschel 243, Gir.-Teul. 34), auf der Insel Madagascar (Gir.-Teul. 27) und bei den Barea und Bazen im Süden von Ägypten (Gir.-Teul. 26, 34, 162, 270). Das Gleiche wird auch von Mittelafrika berichtet, (Lubb. 123), von den Negerstämmen im Allgemeinen (Waitz, Anthr. II, 123, 118 ff., 131, 132); von Sudan (Bastian l. c.); Kordofan (Gir.-Teul. 256) und Nubien (l. c. 32 u. Waitz II, 132). Dem zufolge ist also das Familienrecht der Bantuvölker, sowie der Hottentotten ein in Afrika singuläres, während das der Ägypter und Abessynier, als Frucht alter Culturen anders zu beurteilen ist.

Digitized by Google

die ethnographischen Nachrichten von späterem Datum, grossenteils erst aus dem 19. Jahrhundert. So wie nun die nordamerikanischen Völker unter dem Auge der europäischen Forscher gegenwärtig den Übergang von Mutterrecht zu agnatischer Verwandtschaft vollziehen, so ist man auch bei den meisten Stämmen Südamerikas auf Übergangszustände gestossen, doch wird man nicht leicht ein Land finden, wo die ursprüngliche Familienverfassung nicht bestimmte Spuren zurückgelassen hätte. Ganz Amerika muss demnach als eine grosse Provinz des Mutterrechtes angesehen werden.[1]) Auch in Polynesien überwiegt dasselbe und die einzelnen Abweichungen tragen überall den Stempel moderner, der älteren Ordnung unorganisch eingefügter Reformen.[2]) Am vollkommensten erhalten war aber die Verwandtschaft durch Mütter dort, wo auch sonst die Cultur am tiefsten steht: mit unbedeutenden Ausnahmen gehörte ganz Australien zu ihrem Verbreitungsgebiete.[3])

Die vorstehende Skizze genügt zur Rechtfertigung der Behauptung, das Mutterrecht sei eine allgemeine, nicht eine isolirte Erscheinung, es fehlt jedoch auch darüber hinaus nicht an Beweisen dieses Satzes für die Völker mittelländischen Stammes. Abgesehen von den bereits angeführten Belegen erwecken die Nachrichten über die Basken, Nachkommen der alten Iberer ein besonderes Interesse.[4]) „Bei ihnen trugen, je nachdem der Erbe eines Hauses männlichen oder weiblichen Geschlechtes war, die Kinder den Namen ihres Vaters oder ihrer Mutter. Dem Zufall war es nach baskischem Recht überlassen, ob die Familie sich durch Frauen, oder durch Männer fortsetzen solle. Das Erstgeborene, ohne Rücksicht auf sein

---

[1]) Vgl. Lafiteau, Moeurs des Sauvages Américains Paris 1724. I, 557, 589 ff., 561. Charlevoix, Hist. de la Nouvelle France 1744, V, 724 u. passim. Waitz, l. c. III, 119, 124. Schoolcraft, Hist. and Stat. Informations resp. the History, Condition and Prospects of the Indian Tribes. Philad. III, 191 u. passim. Gir.-Teul. 17.

[2]) Über die Marianen, Waitz V, 2. Abth. S. 107, 108, 114; über die Marschallsinseln spec. über Ratak und Ralik daselbst und Peschel 243, Ausland 1880. S. 162; über Fidschi, Peschel l. c., Lubb., Entst. 144, Gir.-Teul. 14, über Hawai, Ausland 1875. S. 117, über die Karolinen, Gir.-Teul. 14, Waitz V (2), 116 ff., Marilö a. a. O. 140, Neuseeland, Peschel 243, Waitz VI, 125, Bachofen, Antiq. Briefe, Bf. 25 S. 204, Die Schwester in den Sagen der Maori. In besonders charakterischer Form findet sich das Mutterrecht auf den Inseln Mortlock und Lukunor Ausl. 1880. S. 524 ff. Über die Tongainseln, Lubb. 126.

[3]) Gir.-Teul. 14, Waitz VI, 777, 775.

[4]) Gir.-Teul. 172 f., vgl. die eingehende Erörterung bei Bachofen Mutterrecht 417 ff.

Digitized by Google

Geschlecht, erbte das gesammte Vermögen. War das Erstgeborene ein Mädchen, so wurde sie als Erbin Vorsteherin des Hauses und der Familiengüter, verblieb auch, nachdem sie geheiratet, unter ihrem heimatlichen Dache. Ihr Mann verlor seinen Namen, um den seiner Gattin anzunehmen; ebenso erhielten die Kinder den Namen ihrer Mutter. War dagegen das Erstgeborene ein Sohn, so trugen die Kinder den Namen des Vaters und waren seiner Gewalt unterordnet". Erst 1768 wurde dieses Recht durch das französische ersetzt, erhielt sich jedoch weit über diesen Zeitpunkt hinaus in ununterbrochener factischer Übung.[1]) Wir haben umsomehr Grund, hierin einen Übergangszustand von Mutterrecht zu Agnation zu suchen, als die alten Iberer allem Anschein nach dem ersteren huldigten. Wenigstens berichtet Strabo, bei den Cantabren hätten die Töchter den Nachlass nach den Eltern mit der Auflage erhalten, ihre Brüder auszustatten.[2]) Auch von den indogermanischen Völkern: den Kelten[3]) und den asiatischen Ariern sind mancherlei analoge Nachrichten überliefert[4]); den Römern widmet das oft citirte Werk Giraud-Teulon's einen besonderen Abschnitt[5]), welchem hier, in Anbetracht der historischen und practischen Bedeutung ihres Rechtes einige einschlägige Notizen hinzugefügt werden sollen.

Sowol im römischen, als im neueren Rechte hat das Verhältniss der unehelich Geborenen etwas Abnormes, weder aus den Grundsätzen der Agnation, noch aus natürlichen Verhältnissen Erklärbares. Fragen wir, weshalb uneheliche Kinder nach römischem Recht zur Familie der Mutter gehören und nur ihr gegenüber erbberechtigt sind, („quasi sine patre filii"), so kann die gewöhnliche Antwort: die Vaterschaft sei in solchen Fällen

---

[1]) Gir.-Teul. 178 hebt gewiss mit Recht als bedeutungsvoll hervor, dass auf der anderen Seite der Erde, in Japan eine fast genau gleiche Institution bestand.

[2]) s. den Text der Stelle (Strabo 3, 165) bei Bachofen, Mutterr. 26.

[3]) Über Wales, Post, Geschlechtsgenossensch. 103, über die Pikten, M'Lennan 101, Lubb. 124. cf. M'Lennan, Divisions of the Ancient Irish family in den Studies 453—507.

[4]) Über die Hindus, Gir.-Teul. 43, 63, Wuttke, Gesch. des Heidentums 1853, II, 493, über Erbrecht des Schwestersohnes in Calicut, Cocchi auf Malabar, Canamor und Cotschin, nach Berichten des 16. und 17. Jahrh. Dr. Karl Schmidt, Jus Primae Noctis. Freiburg i. Br. 1881. S. 32—36, ferner M'Lennan 269 ff., (auch über Perser und Meder) und Bachofen, Antiq. Briefe, Bf. 4—9, 14, 18.

[5]) Kap. V, VI, § 1.

Digitized by Google

unsicher, durchaus nicht befriedigen.[1]) Denn einerseits wird die Vaterschaft sehr häufig, ja sogar gewöhnlich bestimmbar sein, wo die Mutter nicht geradezu öffentliche Dirne war und dies gilt für das alte Rom sogut wie für die Gegenwart und dennoch verblieb sogar beim römischen Concubinate, wo der Vater, der Natur der Institution gemäss, bekannt war, die Ausschliessung der Kinder aus der väterlichen Familie unerschüttert.[2]) Andererseits gewährt ja auch das matrimonium legitimum keine unbedingte Sicherheit der Vaterschaft, daher der Grundsatz: „Pater est, quem nuptiae demonstrant". Der Mann darf zwar, auf Grund des Beweises, die Erzeugung eines Kindes durch ihn sei unmöglich gewesen, Anerkennung desselben verweigern. Es lässt sich jedoch erweisen, dass es dem altrömischen pater familias nicht sowol darum zu tun war, selbst Erzeuger seines Kindes gewesen zu sein, als vielmehr darum, dass es nicht im Ehebruch der Frau ohne des Familienhauptes Willen erzeugt wurde.[3]) Nach Strabo sahen nämlich die Römer das Ausleihen und Austauschen von Ehefrauen für „*φύσει πολιτικὸν καὶ καλλόν*" an, und Plutarch berichtet das bekannte Beispiel dieser Sitte vom strengen Censor Cato.[4]) Die Ehe des römischen Civilrechts (justum matrimonium) war eine formgebundene, durch und durch künstliche Institution.[5])

---

[1]) Inst. I de nupt. tit. X § 12 verkündigen denselben Grundsatz. Es ist jedoch leicht zu bemerken, dass die Worte „nam et his pater incertus" mit dem Beginn dieses Paragraphs im Widerspruch stehen, welcher von den incestuosi handelt, deren Vater nur allzu bekannt ist.

[2]) C. O. Müller, Lehrb. der Inst. Leipzig 1858. S. 556 Note 11 lit. c.: Augustus gestattet den Concubinat allerdings nur mit Freigelassenen oder Sklavinnen. Die Concubine teilte weder Rang noch Stand des Mannes, die Kinder hiessen *κατ' ἐξοχὴν* „naturales", obgleich die späteren Kaiser ihnen mancherlei Privilegien vor andern unehelich Geborenen in Bezug auf Legitimation, Alimentation und Erbrecht zugestanden.

[3]) Vgl. Bernhöfts interessante Ausführungen in seiner Abhandlung: Germanische und moderne Rechtsideen im recipirten röm. Recht (Zeitschr. f. vergl. Rechtswissensch., IV. Bd. 1883) SS. 2, 7 ff., angesichts deren die obige Erörterung nur der abweichenden Folgerungen willen beibehalten wurde.

[4]) cit. bei Unger, Die Ehe in ihrer welthistor. Entwicklung. Wien 1850. S. 76.

[5]) Vergl. Bernhöft, Staat und Recht der röm. Königszeit. Stuttg. 1882. S. 196 ff. Nach indischem Recht wird selbst der heimlich geborene Sohn, dessen Vater nicht ermittelt werden kann, und der Sohn einer bei ihrer Verheiratung bereits schwangeren Frau als Sohn des Ehegatten seiner Mutter, der Sohn eines Mädchens als Sohn ihres Gewalthabers angesehen. Daher kann die väterliche Gewalt auch durch Hingabe oder Verkauf seitens des bisher Berechtigten erworben werden. Bernhöft citirt als Belege ausser Manu 9, 168

Digitized by Google

Deshalb erhielt, so lange kein Connubium zwischen Patriziern und Plebejern bestand, im Falle einer Wechselehe zwischen Gliedern dieser Stände der Vater keine väterliche Gewalt über seine Kinder, ganz wie beim contubernium der Römerin mit einem Sklaven und man wandte den Grundsatz an: „Semper ex iis, inter quos non est connubium, qui nascitur jure gentium matris conditioni accedit".[1]) Wer eine Ehe ohne confarreatio oder coemptio schloss, erhielt die römische potestas weder über die Frau noch über die Kinder, daher dieselben nicht seine „justi filii" waren. Das Verhältniss war eigentlich nur „pro matrimonio", die Gattin nur „pro uxore"; sie war bei ihrem Manne „sine legibus".[2]) Es erhellt auch daraus deutlich, dass nicht das Blutband zwischen Kind und Vater, sondern einzig die Einhaltung der vom Civilrecht vorgeschriebenen Formen die Gewalt des römischen Ehemanns über Frau und Kinder begründete und die Familienzugehörigkeit der Letzteren zum Vater nach sich zog. Es liegt hierin das Princip verborgen über die Familienzugehörigkeit und den Stand der Kinder entscheide stets nur Stand und Familienzugehörigkeit der Mutter, also mitten im agnatischen Familiensystem das Princip des Mutterrechtes.

Einen weiteren Beweis für die nämlichen Tatsachen liefert das Ehehinderniss der Adoption. Das Verbot der Ehe unter näheren Verwandten bezieht sich nämlich nicht bloss auf wirklich Verwandte, sondern auch auf Adoptirte und zwar so, dass es selbst durch Auflösung des Adoptivverhältnisses in Betreff der auf- und der absteigenden Linie fortdauert und nur für die Seitenlinie durch Emancipation erlischt.[3]) Ist nun in allen diesen Fällen das Verhältniss des Vaters zu den Kindern durch die Form des Civilrechts nicht durch das Blutband bedingt, so erhebt sich die Frage, was Rechtens gewesen, als diese Form noch

---

und Yâjnav 2, 130 f., für die Slaven, Ewers, Das älteste Recht der Russen S. 21, Maciejowski, Slav. Rechtsgesch. übers. v. Buss S. 221. Vgl. ausserdem Ewers a. a. O. 115. Nach altrussischem Recht wird der Sohn einer schwangeren Wittwe, die zum zweiten Mal heiratet als Sohn ihres zweiten Mannes angesehen. Es scheint „dass nicht sowol auf die Erzeugung, als auf die Geburt während der Ehe gesehen ward". Über Abtreten oder Überlassen von Frauen bei Lebzeiten oder durch Testament bei den Griechen: Hermann, Griech. Privataltertümer 1882. S. 268.

[1]) Gajus I, 78 bei Huschke Jurisprud. Antejustin. p. 190.

[2]) Karlowa, Die Formen der röm. Ehe und manus. Bonn 1868. S. 70 ff. Vgl. Bernhöft, Staat und Recht S. 203—206.

[3]) Gajus Instit. I, 59.

Digitized by Google

fehlte, noch überhaupt nicht existirte, denn wenn irgend etwas alle Merkmale historischen Entstehens an sich trägt, so ist es das an Symbolen überreiche römische Civilrecht. Wo immer nun die Form desselben fehlte, erkannte der römische Grundsatz ursprünglich Zugehörigkeit der Kinder zur Familie der Mutter, nicht zu der des Vaters an. Dieses Recht scheint das ältere, einfachere zu sein, welches im Laufe der Zeit, unter gewissen, im Civilrecht strenge bestimmten Bedingungen der römischen potestas weichen musste. Folgerichtig war es wahrscheinlicher Weise altes Recht der Plebejer, was umsomehr ins Gewicht fällt, als auch andere, beachtenswerte Indicien ein ursprüngliches plebeisches Mutterrecht bezeugen.[1]) Erst in späterer Zeit wurde die freie Ehe der civilen insofern gleichgestellt, als die in ihr erzeugten Kinder, im Gegensatz zum Princip des Civilrechts der väterlichen Gewalt unterworfen wurden. Vom selben Standpunkt aus sind auch die römischen Bestimmungen über die Familienzugehörigkeit unehelicher Kinder besser, denn aus der unsicheren Vaterschaft erklärbar.[2]) Verhielte sich das wirklich so, so hätten wir hiermit ein Princip berührt, welches, älter als das römische Civilrecht, bis in

---

[1]) Über die formlose Ehe der alten Zeit, Bernhöft l. c. 187. „Ob für die Plebejer, sagt derselbe Autor (l. c. 204) in der ersten römischen Königszeit oder vielleicht selbst noch später nur Verwandtschaft im Weiberstamme gegolten hat, ist nicht ganz sicher. In der auf uns gekommenen Literatur deutet der Ausschluss der Plebejer von den gentes, der Name der Patricier, durch welchen sie als Vatersöhne bezeichnet werden und die Tatsache, dass man bei den Festen der plebeischen Ceres weder seinen Vater noch seinen Sohn nennen durfte darauf hin. Es ist demgemäss „wahrscheinlich, dass die Ureinwohner (Plebejer) ihre Familienverhältnisse nach alteinheimischen Anschauungen regelten d. h. in freier Ehe lebten und nur Verwandtschaft im Weiberstamm gelten liessen“ (S. 138). Da aber die Plebejer zweifellos gleichfalls Arier waren (eine Tatsache, die schwerlich zu leugnen sein dürfte), so ist nicht abzusehen, woher sie das Mutterrecht erworben haben sollten, wenn die arischen Urväter bereits das agnatische Princip entwickelt hätten. Die Begründung dieser Annahme würde ohne Zweifel neue, wenig plausible Hypothesen erforderlich machen. Vgl. Gir.-Teul. Chap. V, La Famille et la Gens. und Bachofen, Mutterr. p. 81 und die im Sachregister unter „Patricii“ bezogenen Stellen, besonders aber p. 9 Sp. 1 über die Ausdrücke matrimonium und mater familias. Bemerkenswert ist auch das Flehen der Römerinnen im Tempel Leucotheas für die Kinder ihrer Schwestern, nicht für die eigenen. l. c. SS. XI u. 79.

[2]) Gir.-Teul. S. 54 N. 1: Pour le Romain le droit de la mère dérive de la nature, celui du père n'est établi que par le droit civil; la fiction légale vient-elle à cesser, les enfants n'ont plus de père defini. Moderner ist der Standpunkt des Rechtes in § 1 Inst. De legit. agn. succ. 3, 2: eodem patre nati fratres, adgnati sibi sunt qui et consanguinei vocantur, nec requiritur, an eandem etiam matrem habuerint.

Digitized by Google

die Zeiten zurückreicht, über die keine geschriebene Quelle berichtet, mit andern Worten das Princip des Mutterrechtes.[1])

Fassen wir das zusammen, was in den angeführten Stellen über Hindus, Griechen, Römer und Kelten, sowie in der folgenden Abhandlung über die Germanen gesagt wird, so werden wir uns der Überzeugung nicht verschliessen können, dass die gemeinsamen Vorfahren dieser Völker, die alten Arier, zur Zeit ihrer Trennung die Verwandtschaft durch Mütter als einzige, oder hauptsächliche Grundlage der Blutsverwandtschaft ansahen und ihr gesammtes Familienrecht diesem Grundsatz unterordneten. Nicht die patriarchalische Familienverfassung, wie die Philologen behaupten, sondern die des Mutterrechtes ist die Familienordnung der alten Arier gewesen. Wer dieser Annahme entgegentritt, behauptet hiermit, die gemeinsamen Vorfahren der Kelten und Germanen hätten nach dem Recht der Agnation gelebt, die Letztere sei aber in einer späteren (historisch beglaubigten) Periode in Mutterrecht übergegangen, aus welchem dann von Neuem das patriarchalische und das moderne Familienrecht hervorgesprossen wären. Es wäre das eine geradezu unerhörte rückläufige Bewegung. Wir besitzen zwar einen nennenswerten Schatz von Erfahrungen über schon vollzogenen, oder sich gegenwärtig vollziehenden Übergang vom Mutterrecht zur Agnation (oder zur Cognation in dem Sinne, dass mütterliches und väterliches Blut Verwandtschaft vermittelt), auch sind die treibenden Kräfte dieses Fortschrittes sehr wohl bekannt; dagegen kennen wir auch nicht einen Fall des Übergangs von Agnation zu Mutterrecht und keine Kraft, welche dahin führen könnte. — Das durch die Sprachforscher construirte Bild der altarischen Familie ist nur durch Hineintragen moderner Ideen, welche man mit Unrecht als einzige, mögliche Basis des Familienrechtes ansah, in ganz verschiedene, dem Zustand der heutigen, halbwilden Stämme viel näher verwandte Verhältnisse entstanden. Ein späterer Abschnitt wird zu zeigen haben, dass die von den Philologen herbeigezogenen Tatsachen für das Mutterrecht und gegen sie selbst sprechen. Bernhöft nimmt allerdings in seinem neuesten Werke an, die Spuren des „Systems der Verwandtschaft im Weiberstamm“, welche sich im Altertum erhalten haben, seien auf die Indogermanen von den autochtonen Stämmen überkommen, auf welche sie bei ihren Invasionen stiessen. Auf einen einheitlichen Ursprung seien sie nicht zurückzuführen, da sie bei den

[1]) Bernhöft, German. und moderne Rechtsideen passim.

Digitized by Google

einzelnen Zweigen des indogermanischen Volksstamms bedeutende Verschiedenheiten aufweisen, offenbar weil sich dieselben mit Ureinwohnern verschiedener Stämme vermischt haben.[1] Da aber Bernhöft selbst anerkennt, „das agnatische Princip scheine sich überall erst aus der Verwandtschaft im Weiberstamm entwickelt zu haben“ [2]), so muss dies auch auf die Arier Anwendung finden. Die bedeutenden Unterschiede in den Resten des Mutterrechts bei ihren verschiedenen Zweigen, erklären sich zur Genüge daraus, dass jenes Urvolk zur Zeit seiner Spaltung dem reinen Mutterrecht ergeben war, der Verfall des letzteren aber, resp. die Entstehung neuer Rechtsformen bei jedem Zweig gesondert von Statten ging. Die Gleichförmigkeit, mit welcher das „agnatische System in den Grundzügen überall auftritt“ ist nicht gross genug, um die Behauptung zu rechtfertigen, es sei schon in der gemeinschaftlichen Vorzeit der Indogermanen durchgedrungen. Bei nichtarischen Völkern zeigt es die identischen Formen; man erinnere sich der altsemitischen Rechte. Auch die Tatsache, dass es „gerade bei den ältesten Völkern, von denen wir Kunde haben, bei den Römern seit Urzeiten und bei den Griechen zur Zeit Homers“, besonders rein auftritt, ist ohne Belang, da beide Völker zur Zeit ihres Auftauchens in der Geschichte bereits relativ sehr hoch civilisirt sind (höher als die Germanen 1500, als die Slaven 2000 Jahre später), also eine lange, vorhistorische Periode selbständiger Existenz hinter sich haben mussten. Nicht richtig ist es ferner, dass die Verwandtschaft im Weiberstamm (bei ihnen?) erst sehr allmälig zur Entwicklung gelangte. Sie war vielmehr in der ältesten historischen Zeit im Aussterben begriffen und überall nur in mehr oder minder deutlichen, bei den Hellenen in klar beweisenden Spuren erhalten. Auch der letzte Einwurf: die ältesten Eheformen, Raub und Kauf, brächten es mit sich, dass die Frau und ihre Nachkommenschaft mit den Verwandten des Mannes in sehr viel engeren Beziehungen steht als mit ihren eigenen Verwandten, ist nicht ausschlaggebend, denn das Mutterrecht ist tatsächlich ganz allgemein mit Raub- oder Kaufehe verbunden. Typisch für den ersteren Fall ist die Ehe der Australier, für den letzteren die der meisten afrikanischen Völker. So interessant und anregend auch sonst die Ausführungen Bernhöfts sein mögen, in diesem Punkt ist es unmöglich ihnen beizustimmen.

Der Inhalt des Mutterrechtes ist nicht in allen Fällen der gleiche. Wo es in rohester Form erhalten ist, wie bei den

---

[1]) Staat und Recht S. 192. [2]) Das. S. 195, 202 f.

Digitized by Google

Telugukasten (namentlich bei den Nairs) — ist der Vater jedes Kindes überhaupt unbekannt und in Folge der Polyandrie unbestimmbar. Dieser Zug ist jedoch weder weit verbreitet, noch kennzeichnend für das reine Mutterrecht. Wesentlich dafür ist dagegen, dass der Kreis der Verwandtschaft sich bloss auf die Spillmagen beschränkte, so dass die Familie nur durch Weiber fortgesetzt werden kann und nach Aussterben ihrer weiblichen Mitglieder dem Erlöschen anheimfällt. Dieses System wird durch die Ausbildung des Institutes der Ehe keineswegs verdrängt, man kennt dann wohl den Erzeuger des Kindes, allein er gilt nicht als Verwandter desselben und im Falle der Ehescheidung ziehen alle Kinder mit der Mutter. Ebensowenig sind die Söhne desselben Vaters von verschiedenen Müttern verwandt.[1]) Kommt ein Krieg zwischen dem Stamm der Mutter und dem des Vaters zum Ausbruch, so kämpfen die Söhne mit Ersterem gegen die eigenen Väter. So ist es in Australien, so bei einigen Völkern Nordamerikas. Die nächste Verwandtschaft ist die mit der Mutter, darauf folgt die unter Geschwistern von derselben Mutter, endlich die zwischen Oheim und Neffen (Schwesterkindern). Der Oheim (Mutterbruder) wird regelmässig als natürlicher Gewalthaber, Beschützer und Erzieher der Kinder angesehen, er hinterlässt ihnen, sofern überhaupt ein Erbrecht ins Vermögen, oder eine Erbfolge in Würden oder Titel entstanden ist, gewöhnlich das Erbe, mit einem Worte, was später der Vater, das ist der Oheim zur Zeit des Mutterrechtes. Ja, selbst dort, wo die Vaterschaft bereits ihr Recht erstritten hat, behält der Oheim oft durch lange Zeit eine concurrirende Gewalt; das Neffenverhältniss wird vielfach höher angeschlagen, als das der Kinder zu ihrem Vater.[2]) Wollten wir die Fälle anführen, in denen der Neffe berechtigt ist den Mutterbruder zu beerben, wir müssten die Namen der meisten oben genannten Völker wiederholen und dazu eine erkleckliche Anzahl anderer, namentlich amerikanischer aufzählen. Das Verhältniss der Mutterschwester (Tante) zu ihrem Neffen ist bei diesem System naturgemäss ein ebenfalls sehr nahes, auf den Marianeninseln wird es merkwürdiger Weise für geheiligter gehalten, als das der Mutter zu den eigenen Kindern.[3])

Das die Anerkennung der Verwandtschaft durch Mütter der Anerkennung des Blutbandes durch Väter voranging, erklärt sich

---

[1]) S. z. B. Waitz VI, 777 über die Australier.

[2]) Lafiteau, Moeurs des Sauvages Amér. I, 559.

[3]) Waitz V (2), 107.

Digitized by Google

aus der grösseren Augenfälligkeit der Verbindung der Mutter mit dem Kinde: „War einmal die einfache Tatsache, er habe das Blut seiner Mutter in den Adern, einem Manne bekannt geworden, so musste er bald gewahr werden, dass er mit ihren übrigen Kindern des gleichen Blutes sei. Etwas mehr Nachdenken musste ihn in Stand setzen, die Identität seines Blutes auch mit dem der Brüder und Schwestern der Mutter einzusehen. Im Laufe der Zeit musste er so, die Blutbande durch die Mutter und durch Frauen gleichen Blutes weiter verfolgend, zu einem System der Verwandtschaft durch Weiber gelangen."[1]) .... Wäre die Vaterschaft regelmässig ebenso feststehend wie die Mutterschaft, so dürften wir erwarten, die Erstere bald nach der Letzteren anerkannt zu finden. Allein so natürlich es auch sein mag, dass die Menschen die Möglichkeit eines Blutbandes durch Väter entdecken, so kann doch ein solches keinen Raum in einem Verwandtschaftssystem einnehmen, so lange die Vaterschaft gewöhnlich, oder in der Mehrzahl der Fälle unsicher ist, so lange nicht die Mutter bloss einem Mann oder mehreren Männern gleichen Blutes angehört und die Frauen nicht ihren Gatten regelmässig treu zu bleiben pflegten. Diese Bedingungen fehlen jedoch überall bei niedriger Culturstufe und aus diesem Grunde ist Mutterrecht deren unzertrennlicher Begleiter.[2]) Alles was die Unsicherheit der Vaterschaft fördert: Polyandrie, Verleihen, Vermieten, häufiges Rauben der Frauen, leichte und zahlreiche Ehescheidungen u. dgl. musste die Verwandtschaft durch Mütter allein begünstigen, wogegen jede Steigerung der Gewalt des Mannes über Frau und Kinder, sowie Alles, was zur Bestätigung seiner wirklichen Vaterschaft dienen konnte, zur Ausbildung des agnatischen Systems drängte. Sehr frühe schon erwachte die Liebe der Väter zu den Kindern und trachtete ein Erbrecht zu deren Gunsten zu schaffen, gleichzeitig wurden Frauen und Kinder an vielen Orten Gegenstand vermögensrechtlichen Verkehres, wofür das, in der Rechtsgeschichte jedes Volkes regelmässig auftretende Erwerben der Frauen durch Kauf zum Beweise dient. In dieser Entwicklungsperiode sind Töchter tatsächlich ein wertvoller Handelsartikel und es entwickelt sich in Folge des mächtigen, materiellen Interesses ein Wettkampf zwischen Vater und Oheim um die Gewalt über die Kinder oder eigentlich um das Eigentum an ihnen. Dieser Kampf, der gegenwärtig in vielen Ländern Afrika's

[1]) M'Lennan 124 ff.

[2]) M'Lennan l. c.

Digitized by Google

geführt wird, endigt stets mit dem Siege der Väter und des agnatischen Systems.[1])

Überall besteht die Tendenz des Mutterrechtes in die Verwandtschaft durch Väter überzugehen, nirgends ist es umgekehrt. Die Malayen und die meisten Indianerstämme Nordamerikas haben diese Wendung in historischer Zeit vollzogen. Wo bei ersteren das alte System sich erhalten, dort fällt das Erbe an den jüngeren Bruder des Erblassers von derselben Mutter, in zweiter Linie an den Sohn der Schwester, in dritter an die Muttergeschwister.[2]) Darauf folgte ein Mischverhältniss beider Systeme, z. B. erhalten die eigenen Kinder des Erblassers die Hälfte, die Schwesterkinder die andere Hälfte des Nachlasses[3]), anderwärts ist sein Bruder Erbe und erst wenn Brüder fehlen succedirt sein ältester Sohn.[4]) In Indrapure erben die Kinder des Verstorbenen, nur die Würde des Königs erbt stets auf den Sohn seiner Schwester. Wo dagegen der Mohammedanismus strenger ausgebildet ist, fällt das gesammte Erbe vom Vater an die Söhne.

Sobald einmal das persönliche Verwandtschaftsverhältniss zwischen Vätern und Kindern festgestellt ist, beginnen die ersteren auf verschiedenen Umwegen ihre Hinterlassenschaft mit Hintansetzung der Schwesterkinder ihren eigenen Kindern zuzuwenden, auch wächst naturgemäss das Bestreben, die Gewalt über die letzteren definitiv an sich zu reissen. Bei Ehescheidungen suchten indianische Väter, der alten Sitte entgegen, wenigstens die ihrer Ehe entsprossenen Knaben an sich zurück zu nehmen und unternahmen nicht selten diesem Zwecke zu Liebe weite Reisen. Die Mütter aber betrachten sich als berechtigt, die Kinder nach Belieben ziehen zu lassen oder zu behalten und beharren gewöhnlich bei letzterem Entschlusse, treffen auch dem entsprechende Massregeln, wobei die Kinder stets die Partei der Mutter ergreifen.[5]) Bei den nordamerikanischen Nawajos pflegen die Väter ihr oft bedeutendes Vermögen als Geschenk unter Lebenden ihren Kindern zuzuwenden und entziehen solchergestalt den Neffen das gesetzliche Erbe.[6]) In einigen Teilen Australiens wiesen die Väter den Söhnen bei Lebzeiten Grundstücke zu Eigen an, was im Laufe der Zeit zur Entstehung eines neuen Erbrechtes führte.[7])

---

[1]) So noch heute in Afrika und bei zahlreichen asiatischen Nomadenstämmen.

[2]) Waitz V, 141, 153, 146. [3]) In Tiga Lurong l. c. 151. [4]) Auf Sumatra.

[5]) Lafiteau I, 589. [6]) Bancroft, The native races of the pacific states I, 506.

[7]) Waitz VI, 775 ff., Gir.-Teul. 277, Lubb., Entst. 382.

Digitized by Google

Mehrfach kommt es auch vor, dass dem Vater die vollkommenste Herrschaft über seine Kinder zusteht, dieselben aber dennoch nicht zu seiner Familie gehören. Das Band zwischen Vater und Kindern ist ursprünglich (in grosser Regel) ein vermögensrechtliches, nicht ein Blutband. In Guyana (Südamerika) herrscht das reine Mutterrecht; Stammeszugehörigkeit und Familienname gehen stets nur von der Mutter auf die Kinder über. Trotzdem ist es der Vater, welcher aus Anlass der Geburt eines Kindes Glückwünsche der Nachbarn in Empfang nimmt, während die Mutter, von Niemandem beachtet, ihre häusliche Arbeit versieht. Derselbe Vater trägt aber kein Bedenken, sein Kind um den gleichen Preis wie ein Gewehr oder einen Hund zu verkaufen und der Käufer gilt von nun als des Kindes rechter Vater.[1]) — Einen handgreiflichen Beweis dafür, dass die agnatische Verwandtschaft aus dem Mutterrecht entsprungen ist, soll ferner die weitverbreitete Sitte des väterlichen Kindbetts liefern: der Couvade, wie das Letztere in Béarn, wo es bis heute erhalten sein soll (!), genannt wird. Der Vater ahmt dabei Leiden und Benehmen einer Wöchnerin nach und wird als Kranker behandelt: er spielt die Mutter.[2]) Gegen diese von den Ethnographen angenommene Erklärung der Couvade spricht jedoch, dass sie sich auch in Ländern findet, wo ein Wochenbett der Mutter niemals vorkommt und die gewöhnlichen Geschäfte derselben nach Vollendung des Geburtsaktes unmittelbar fortgesetzt werden. In diesen Fällen kann doch die Couvade nicht als Nachahmung des Wochenbettes gelten! Auch fehlt es nicht an anderen Erklärungsversuchen, deren Erörterung hier nicht am Platze wäre. Unstreitig ist es aber, dass der Übergang von Mutterrecht zu Agnation von einer Menge ähnlicher Seltsamkeiten und von Inconsequenzen begleitet ist, welche zeigen, wie schwer es den Völkern wurde, sich von Althergebrachtem, Überlebtem loszuringen, so lange noch keine zielbewusste Gesetzgebung ordnend in ihr Dasein eingriff. So z. B. bedarf in Sunbe (Afrika) die Tochter zur Ehe der väterlichen Zustimmung, den Preis für sie erhält aber ihr Oheim (Mutterbruder) nicht ihr Vater.[3]) In Carolina (Nord-Amerika) erhielt den Nachlass eines Kriegers der Sohn seiner Schwester, in gewissen Ausnahmefällen aber sein eigener.[4]) In Guinea (Afr.) erbt

---

[1]) Schomburgk, Rich., Reisen in Britisch Guyana 1847, I, 166.

[2]) Über die Couvade und ihr grosses Verbreitungsgebiet, Lubbock S. 12, 13, 15.

[3]) Güssfeld im Correspondenzbl. der deutschen afrik. Gesellsch. I, 213.

[4]) Waitz III, 107. Eine verwandte Rechtsordnung bestand bei den Yolofs (Wolofs) in Westafrika, Waitz II, 132 f., sowie bei den Aschantis, wo des

Digitized by Google

den Nachlass eines Weibes die Tochter ihrer Schwester, denjenigen eines Mannes, mit Ausnahme der Waffen, der Sohn seiner Schwester; die Waffen dagegen der eigene Sohn des Erblassers, ein Rechtsgebrauch, der sich in anderen Teilen Afrikas wiederfindet.[1]) Bei einigen afrikanischen und asiatischen Völkern war der Ehemann gehalten, seinem Schwiegervater einen gewissen Preis für das Verfügungs- und Herrschaftsrecht über die eigenen Kinder zu entrichten[2]), andernfalls gehörten die Letzteren unter die Gewalt ihres mütterlichen Grossvaters oder, wie bei den Kimbundas, ihres Oheims. Andererseits hat bei den Fanti in Guinea der Mann, den seine Gemahlin unter Mitnahme der Kinder verlässt, das Recht, für jedes mit ihr erzeugte Kind eine Summe als Ersatz der auf Erhaltung desselben gewendeten Kosten zu fordern.[3]) Ebenso betrachten die Duallaneger den für die Ehefrau gezahlten Betrag zugleich als Kaufpreis für die Kinder, welche sie in der Ehe gebären wird, daher der Ehemann im Falle der Kinderlosigkeit Rückstellung des für die Frau erlegten Preises beansprucht.[4]) Der Wunsch der Väter über die eigenen Kinder zu gebieten rief in einigen Ländern die Gewohnheit hervor Sklavinen zu heiraten, was, da die Sklavin in keinem anerkannten Familienverbande steht, Eigentum des Vaters an den Kindern und für Letztere das Recht nach sich zog, den Namen des Vaters zu tragen und ihn (nicht aber die mütterlichen Verwandten) zu beerben.

Ausser diesen bestehen noch zahlreiche andere Übergangsformen z. B. der Sohn erhält zwei Namen, den einen nach dem Vater, den anderen nach der Mutter[5]); bei der Ehescheidung verbleiben die unmündigen Kinder bei der Mutter, die mündigen beim Vater[6]), oder (was besonders häufig ist) die Söhne beim Vater, die Töchter bei der Mutter[7]), anderwärts gingen Ämter und Würden

Königs Schwestersohn Tronfolger ist, der Sohn des Königs jedoch einen höheren Rang einnimmt und die grösste Provinz als Statthalter verwaltet. Schneider, Handb. d. Erdbeschreibung 1857, II, 650. Auf den Marianen (Polynesien) ging die Würde des Königs in weiblicher Linie auf die Brüder nach dem Alter, dann auf Vettern und Neffen und erst wenn keine Verwandten der Stammmutter des Geschlechtes vorhanden auf die Söhne des Verstorbenen über.

[1]) Gir.-Teul. 32.

[2]) Bei den Limboo in Indien, den Kimbundas in Afrika, auf der Sundainsel Timor und bei den Makololo in Südafrika. Gir.-Teul. 162, 161.

[3]) l. c. 141. [4]) Ausland 1880 S. 168.

[5]) Bei den Thlinket in N.-W.-Am. Bancroft a. a. O. 111, Bast. 172.

[6]) Bei den Botocudos, Martius l. c. 322.

[7]) In Mexiko, Waitz IV, 132, wo in der älteren Zeit die Sitte geherrscht haben soll, die Kinder nach der Mutter zu benennen.

Digitized by Google

zunächst auf den Sohn, an zweiter Stelle auf den Bruder, an dritter auf den Schwestersohn des Erblassers über.[1]) Der Wunsch, die legitime Succession des Schwestersohnes mit der des eigenen Sohnes zu verbinden, mag den Grund zu der nicht selten vorschriftsmässigen Ehe von Königen mit ihren Schwestern abgegeben haben.[2]) Noch mancherlei andere vermittelnde Stadien sind überliefert: z. B. sind die höheren Stände eines Volks dem Mutterrecht, die unteren dem agnatischen System ergeben[3]) oder umgekehrt. Die Varianten sind geradezu unerschöpflich, am charakteristischsten naturgemäss im Erbrecht. Wo das Erbe auf die Kinder des Erblassers, und erst wenn Kinder fehlen auf seine Spillmagen übergeht[4]), dort ist der Sieg des agnatischen Systems entschieden und die alte Familienverfassung schwindet unaufhaltsam dahin.

Aus obiger Darstellung geht hervor, dass die Unsicherheit der Vaterschaft das Mutterrecht zwar hervorgebracht hat, sich aber durchaus nicht neben demselben zu erhalten brauchte. Im Gegenteil — die strengste Bestrafung des Ehebruchs war mit dem Mutterrecht vereinbar.[5]) Ferner überzeugten wir uns, die väterliche Gewalt beruhe im Beginn ihrer Entwicklung auf dem Eigentumsrecht, nicht auf dem Blutband. Beide Eigentümlichkeiten sind zur Erklärung altgermanischer Rechtsgewohnheiten herbeizuziehen.

Was Georg Waitz über die Stellung der Spillmagen im deutschen Rechte anführt[6]), gewährt weder einen Begriff von der Bedeutung der Sache im Verhältniss zur allgemein menschlichen Entwicklung, noch von der namhaften Zahl ihrer in den Quellen erhaltenen Spuren. Aufgabe dieser Abhandlung soll es sein diese Zeugnisse aufzusuchen und zu erläutern und den Zusammenhang zwischen dem germanischen Recht und dem allgemeinen Entwicklungsgang nachzuweisen, dessen harmonischen Teil das Recht jedes einzelnen Volkes bildet.

---

[1]) In Teilen des alten Peru a. a. O. 412.

[2]) In Peru l. c. 411. Über Ägypten Gir.-Teul.

[3]) Auf den Tongainseln, Lubb. 126.

[4]) Auf den Antillen, namentlich auf Haiti, Waitz IV, 326; Peschel, Zeitalter der Entdeckungen 190. — Die Erbschaft ging in erster Linie auf den Sohn, in zweiter auf den Bruder: bei den Nutkas in Nordamerika, Bancroft I, 196, den Kariben in Mittelamerika, Waitz III, 382; Peschel, Völkerkunde 236; Martius, Ethn. 60 und in Tlascala.

[5]) z. B. auf der Insel Fernando Po, Peschel, Völkerkunde 243, bei den Arawaks (Südam.), Martius, Ethn. 693, sowie bei vielen andern Völkern.

[6]) Waitz, Verfassungsgesch. I[3], S. 67 ff. (2. Aufl. 64 ff.).

Digitized by Google

Erstes Capitel.

Laband äussert die Ansicht, das Familienrecht der einzelnen Völker sei für sie nicht weniger charakteristisch als ihre Sprache.[1]) Dann hätten wir also ebenso viele und tiefgehende Verschiedenheiten im Familienrecht wie in der Sprache zu verzeichnen; vergeblich wäre das Bemühen, diese Mannigfaltigkeit auf ein allgiltiges Gesetz, auf eine überall gleiche Entwicklung zurückführen zu wollen. In Wahrheit ist es anders. Das Familienrecht jedes Volkes unterscheidet sich von dem der anderen, wie sich eine Sprache von der anderen unterscheidet, aber gewisse Grundzüge der Entwicklung sind überall dieselben gewesen. Die Familienrechte aller Völker verhalten sich zu einander ähnlich wie sich die Sprachen eines und desselben Sprachstammes, z. B. des arischen zu einander verhalten: Die Übereinstimmung in der Mannigfaltigkeit ist unverkennbar und das darf nicht Wunder nehmen, da kein anderer Zweig des Rechtes so nahe wie dieser mit den physischen Eigentümlichkeiten und den Leidenschaften des Menschen in Zusammenhang steht.

Wenn Tacitus sagt (Germ. c. 20): „Sororum filiis idem apud avunculum quam apud patrem honor. Quidam sanctiorem, arctioremque hunc nexum sanguinis arbitrantur et in accipiendis obsidibus magis exigunt, tamquam ii et animum firmius et domum latius teneant“, so bildet dieser Ausspruch für sich allein, angesichts der in der Einleitung entwickelten Tatsachen, einen Wahrscheinlichkeitsbeweis für die Herrschaft des Mutterrechtes (in vorhistorischer Zeit) bei den germanischen Völkern. Jenes Verhältniss zwischen Oheim und Neffen findet sich ja überall, aber auch nur dort, wo Mutterrecht noch herrscht oder ehemals geherrscht hat und es fehlt an jedem Grund für die Annahme, gerade bei den Deutschen sei jene Erscheinung auf aussergewöhnliche, sonst unerhörte Weise zu erklären. — Seltsam wäre es indessen, hätte sich, ausser dieser einen, keine andere Spur des Mutterrechtes in den germanischen Rechtsdenkmälern erhalten, wenn es auch sichersteht, dass es in Tacitus und vermutlich schon in Cäsars Zeit nicht mehr vorherrschte. Cäsar hätte einer, von der römischen so verschiedenen Familienorganisation wahrscheinlicherweise Erwähnung gethan, wäre sie ihm bei den mit ihm in Berührung gekommenen Germanen entgegengetreten. Tacitus

[1]) Laband, Rechtl. Stellung der Frauen im altröm. und german. Rechte, Zeitschrift f. Völkerpsych. III (1865), S. 140.

Digitized by Google

berichtet: Die nächsten zur Erbschaft seien Söhne, Vaterbrüder, Mutterbrüder gewesen, die patrui in diesem Verzeichniss vor die avunculi stellend. Der grosse Conservativismus des Familienrechtes von dem Laband (a.a.O.) spricht, ist zwar nicht im Stande gewesen fundamentale Änderungen desselben hintanzuhalten, hat aber zur Folge, dass einzelne Symbole und Institute des älteren Rechtes inmitten einer neuen Welt überleben und einen unorganischen, schwer verständlichen Bestandteil des Rechtes ausmachen. Um so entschiedener fordert die Ausnahmsstellung der Mutterbrüder zur Durchforschung der nachtacitäischen Quellen heraus.

Da es sich hierbei nicht um ein bestimmtes Ereigniss, sondern um Rechtsverhältnisse handelt, deren Spuren in verschiedenen Zeiten, an verschiedenen Orten, in mannigfachsten Denkmälern zerstreut erhalten sein können, wird eine relativ ungebundene Benützung der Quellen möglich sein. Skandinavische Zeugnisse haben für uns denselben Wert wie deutsche; das Mutterrecht muss für die gemeinsamen Vorfahren beider Stämme gegolten haben, wenn es nur für einen oder für den anderen nachgewiesen ist. Dies folgt mit Notwendigkeit aus dem Umstand, dass die Agnation dem Mutterrecht niemals vorhergeht.

Werfen wir einen Blick auf die Reihe der wichtigsten zu lösenden Fragen, um zugleich einen Plan für die folgenden Untersuchungen zu gewinnen.

Die erste Frage muss sein, ob nach den ältesten deutschen Rechten noch Fälle von Mutterrecht möglich, ob sie in den leges barbarorum nachweisbar sind. Diese Frage bezieht sich sowol auf die Stellung der ehelichen als auf die der unehelichen Kinder zur väterlichen und mütterlichen Familie. Weiter: wie sich das Verhältniss der Ehegatten nach den ältesten Quellen gestaltet, denn die Agnation setzt eine gewisse Festigkeit des Ehebandes voraus. Mit der Stellung der Ehegatten soll die der Blutsverwandten, der Verwandten durch Mütter zu einander verglichen werden, namentlich ist zu untersuchen, ob die Angabe des Tacitus über die Blutbande zwischen Oheim und Neffen nicht in anderen Quellen ihre Bestätigung findet und was für ein Charakter dem Verhältniss des Kindes zum Vater ursprünglich innewohnt; ferner soll geprüft werden, inwiefern das alte Erbrecht Spuren des Mutterrechts in sich trägt, endlich wie sich zu den gewonnenen Resultaten die Ergebnisse der Sprachforschung verhalten. Nach Beantwortung dieser Fragen wird es möglich sein ein mit der Einleitung übereinstimmendes Facit zu ziehen.

Digitized by Google

Zweites Capitel.

Die Ehe ohne Mundium und das factische Vorkommen des Mutterrechtes.

Sohm bezeichnet das Eherecht als blossen Anwendungsfall des Vormundschaftsrechtes, die eheliche Gewalt stellt er dem Mundium des Ehemanns über die Ehefrau gleich; sie bestimme das positive Gemeinschaftsverhältniss der Ehegatten nach allen seinen Richtungen; sie enthalte das Recht auf eheliches Zusammenleben; sie schliesse den Eintritt in Stand und Rang des Mannes ein. Vor Allem bedeute der Erwerb des Mundium über die Frau zugleich den Eintritt des ehelichen Güterrechtes.[1])

Aus den longobardischen Rechtsquellen — die übrigen sollen später zum Vergleich herbeigezogen werden — geht jedoch hervor, dass das Eherecht keinesfalls bloss Anwendungsfall des Mundschaftsrechtes und die eheliche Gewalt ebensowenig mit dem Mundium des Mannes über die Frau identisch war. Die longobardische Ehe enthält wesentliche Befugnisse, welche nicht notwendig in dem Letzteren inbegriffen sind, daher eine Ehe ohne Mundium möglich und in den Quellen anerkannt ist. Dem germanischen Begriff der Ehe ist es nicht entgegen, dass der Mann nicht Vormund noch einziger Beschützer seiner Frau sei, dass zwischen ihm und ihr das eheliche Güterrecht nicht eintrete, dass die in der Ehe erzeugten Kinder nicht zum Stamm des Vaters, sondern zu dem der Mutter gehören. — Ist ja doch das Eheverhältniss ein Verhältniss zwischen Mann und Weib, nicht zwischen Vater und Kindern, gibt es doch zahlreiche Völker — ein Teil derselben wurde in der Einleitung namhaft gemacht — bei denen wol die Existenz von Ehen über allen Zweifel erhaben ist, die Kinder aber trotzdem niemals unter die Gewalt oder auch nur zur Familie des Vaters gehören.

Dem Begriff der Ehe wäre es aber entgegen, wenn der Mann mit der Frau nicht ehelich zusammen zu leben berechtigt, wenn ein ohne seinen Willen unternommener Angriff auf ihre geschlechtliche Ehre nicht als sühnbedürftiges Vergehen auch gegen ihn anerkannt gewesen wäre. Diese zwei Punkte finden sich überall, wo es Ehen gibt, selbst dort, wo die Frauen von Ehemännern verliehen oder gar prostituirt werden, ja, nach unserem Begriffe wäre ein Verhältniss nicht als Ehe zu bezeichnen, welches nicht jene Merkmale enthielte. Und gerade jene beiden einzig notwendigen Merk-

[1]) Recht der Eheschliessung. S. 92.

Digitized by Google

male jeder Ehe sind auch ohne Mundium des Ehemannes möglich. So wie es wahrscheinlich eine Zeit gegeben hat, wo die offene, wenn auch gewaltsame Besitzergreifung Eigentum begründen konnte, so hat es eine Zeit gegeben, wo die Entführung (mit Einwilligung), oder der Frauenraub (ohne Einwilligung des Weibes) Ehe begründen konnte. Mag übrigens diese Behauptung richtig oder falsch sein, so viel ist gewiss, dass es auch ohne Übergabe durch den Vormund und ohne vorhergehende Verlobung „eine Ehe war, wenn ein Mann und eine Frau zum ehelichen Leben sich vereinigten, falls nicht gesetzliche Ehehindernisse entgegenstanden“.[1])

Nach Roth. Tit. 188, welcher den Fall der Entführung des Mädchens (mit ihrer Zustimmung) und 214, welcher gleichfalls die Ehe mit Einverständniss der Ehewerber, aber wider Willen des Vormundes, ja selbst nach 187, welcher den Raub der Frau (wider ihren Willen) behandelt, entsteht in Folge der Gewalttat eine Ehe.[2]) Von einer Trennung des „maritus“ von der „uxor“, wie sie bei verbotener Ehe (Roth. 185, Liutpr. 12) verfügt wird, ist hier keine Rede. Titel 185 vermeidet übrigens für die Schuldigen (in blutschänderischer Verbindung Stehenden) die Bezeichnung maritus und uxor und spricht nur von vir und mulier. Obige Bemerkungen gelten im Wesentlichen auch für Titel 190 Roth. (Entführung der fremden Braut), 191 (Raub derselben) und 192 (Collusion des Vormunds beim Verlöbnissbruch). Zwar wird dem Entführer wiederholt (Roth. 187, 188, 190, 191, 214) empfohlen, er möge „mundium facere“, die Mundschaft erwerben, allein Bedingung einer als Ehe rechtlich anerkannten Verbindung war das mundium nicht, ja mehr als dies. Die Ehe des longobardischen Königsedicts ist noch Kauf des Weibes selbst, nicht Kauf des Mundiums über dasselbe. Jener Kauf heisst „mundium facere“ weil er den Übergang des

---

[1]) Osenbrüggen, Longob. Strafrecht S. 84, daselbst Note 96 angeführt Lombarda-Commentar II, 8: „Si tamen sine raptu duxerit, uxor quidem erit etc.“, wobei das „sine raptu“ als Ergebniss der Capitulariengesetzgebung anzusehen ist. Auch Schröder, Gesch. d. ehel. Güterrechts S. 8 gesteht zu, die Ehe wider Willen des Vormunds und ohne nachfolgendes „mundium facere“ werde tatsächlich aufrecht erhalten, doch nur vom sittlichen, nicht vom rechtlichen Standpunkte aus als Ehe angesehen. Diese Unterscheidung ist den Quellen fremd, die nur eine rechte Ehe mit oder ohne mundium kennen.

[2]) cf. Klagformeln zu Liutpr. 94, 114. Lip. Pap. M.M. L.L. IV, p. 121. Zum ersten Mal hat Rosin in seiner wertvollen Abhandlung über die Formvorschriften für die Veräusserungsgeschäfte der Frauen nach Longob. Recht, Breslau 1880, S. 46 ff. die Frage ob eine Ehe ohne Mundschaft des Mannes bei den Longob. möglich war, eingehend behandelt und sie verneinend beantwortet. Vgl. geg. ihn die Recension in Grünhuts Zeitschrift, X. Bd., S. 438—443.

Digitized by Google

mundium an den Käufer nach sich zieht; aber nicht Kauf noch mundium sind notwendige Erfordernisse einer Ehe. Die Meta wurde ursprünglich keineswegs dem Mundwald gezahlt, sie wurde zwischen ihn und andere Personen verteilt[1]), ein Umstand, mit dem die Auffassung der Ehe als Mundkauf nicht wol zu vereinigen ist. Als Mundwald wird immer eine bestimmte Person genannt, demgemäss musste, wäre die Ehe bereits Mundschaftskauf gewesen, diese eine Person, resp. die curtis regia den Mundschatz erhalten. Besonders auffallend ist dies bei denjenigen Stämmen, wo, wie nach burgundischem Recht Personen den Mundschatz erhalten, die zur Führung der Mundschaft gar nicht tauglich wären, und wo die Braut von Verwandten verlobt werden kann, die ihr mundium nicht haben.[2]) Die von Amira[3]) angeführten Belege für den Kauf der Mundschaft sind nicht für alle Zeiträume beweisend. Die longobardische Mundschaft geht allerdings auf die Erben des Mannes über, aber daraus folgt nichts für die Frage, ob der Ehemann selbst sie auf originäre oder derivative Weise erworben hatte, noch für die Frage, ob jeder Ehemann notwendig Mundwald seiner Frau sein musste. Das Übergehen auf den Erben war übrigens nur eine Consequenz der ursprünglich sachenähnlichen Rechtsstellung des Weibes; das Weib selbst ging auf den Erben über und erst in Folge dessen erhielt derselbe die Mundschaft über sie. Dass nach Ausweis der um einige Jahrhunderte späteren Formeln der mundius gezahlt wurde für das „mittere sub mundio“ ist nicht ausschlaggebend für Beurteilung des Edikts. Es ist nicht zweifelhaft, dass zur Entstehungszeit der Formeln die Mundschaft als Object der Veräusserung und Erwerbung angesehen wurde[4]), im longobardischen Königsedict ist jedoch ein Hinweis darauf nicht enthalten. Namentlich dürfen

---

[1]) Roth. 160, 161. Für das burg. Recht Rive, Vormundsch. I, 260. Andererseits „muss der Römer die Vormundschaft über seine Braut nach longob. Recht ablösen, obwol er selbst nicht Mundwald wird.“ (Liutpr. 127. — Schröder, ehel. Güterr. I, 20 f.) also unmöglich Mundschaftskauf!

[2]) Rive, Vormundschaft I, 259. Die Germanistik war sicher im Rechte, sich durch den entschiedenen Widerspruch Rive's gegen die Auffassung der Ehe als Kauf der Frau nicht irre machen zu lassen. Eine Begründung der meta im Erbrecht ist durchaus nicht erweisbar. Die meta sollte ohne Zweifel gezahlt werden, auch wo ein Erbvermögen des Weibes nicht vorhanden war; eine Ausnahme entgegengesetzten Inhalts müsste aus den Quellen nachgewiesen werden. — Über die Ehe durch Kauf nach nordischen Rechten vgl. Karl Lehmann, Verlobung und Trauung nach den nordgerm. Rechten des früheren Mittelalters. München 1882. S. 58—79.

[3]) Amira, Krit. Vierteljahresschr. XVII, 439.

[4]) Val de Lièvre, Launegild und Wadia S. 18, Note.

Digitized by Google

Ausdrücke wie „tollere tantum pro mundio" (Roth. 160, 161), „praetium quod pro mundium mulieris datum est" (Roth. 216) nicht in diesem Sinn gedeutet werden. „Tollere pro" bedeutet nicht für etwas erhalten oder nehmen: Roth. 162 gebraucht die Wendung „tollant pro compositione" d. h. also: „sie mögen als Composition erhalten." Tollere pro mundio bedeutet demnach: Als Mundschatz erhalten.[1]) „Pretium" bezeichnet hier keineswegs den Kaufpreis, sondern eine Summe, einen Betrag schlechthin (abgesehen von der technischen Verwendung des Ausdrucks für Wehrgeld). Wenn Roth. 182 bestimmt: „Secundus autem maritus, qui eam tollere disponit, e suis propriis rebus medietatem pretii quantum dictum est, quando eam primus maritus sponsavit, pro ipsa meta dare debeat" so kann hier mit dem pretium nicht ein Kaufpreis (der meta!) gemeint sein, vielmehr muss übersetzt werden: „Die Hälfte des Betrages ..... den der erste Mann als meta (pro meta) geben musste." Der Preis um den das Weib erworben wurde, hiess deshalb mundius weil der Mann nur durch Erlegung desselben Herr und Mundwald des Weibes wurde; da hiemit das bisherige Mundium erlöschen musste — eine Person konnte nicht unter zwei unabhängigen Mundschaften stehen — mochte man früh den Mundschatz als Entschädigung für dieses Erlöschen ansehen, was direct zum Begriffe eines Mundschaftskaufes hinführt. Das Edikt selbst vermeidet Ausdrücke, wie wir sie im verwandten sächsischen Rechte finden (pretium emptionis viduae u. dgl.), es verschleiert die in ihm factisch noch wirksame Fraukaufsidee, weil dieselbe zwar die Form der Eheschliessung bestimmt hatte, aber der Stellung des Weibes nicht mehr entsprach. Von Mundschaftskauf konnte aber dazumal noch nicht die Rede sein, schon deshalb nicht, weil die Mundschaft des Ehemanns und die des Verlobers nicht inhaltlich gleich, nicht eine und dieselbe Mundschaft waren. In den Ausdrücken traditio, retraditio puellae (z. B. Roth. 183) äussert sich noch die gleichsam sachenrechtliche Disposition über das Weib, deshalb sagt man nicht „traditio mundii", obwol das Mundium erst mit dem Akt der Trauung auf den Bräutigam übergeht.

Sollte jedoch die vorstehende Ausführung irrig, der Mundschatz damals schon Kaufpreis für das mundium gewesen sein, so bliebe er doch, den angeführten Stellen gemäss, unwesentlich für die Rechtsgiltigkeit der Ehe. Die Ehe wurde auch ohne mundium aufrecht erhalten und für Bluhmes und Rosins Behauptung[2]) dies

[1]) Auch Bluhme (s. Glossar unter mundium) versteht unter diesem Wort bei Roth. 160, 161 den Mundschatz.

[2]) Zeitschrift f. Rechtsgesch. XI, 281. — Rosin, Formvorschriften S. 48.

Digitized by Google

sei auf kirchlichen Einfluss, auf Connivenz gegen die Kirche zurückzuführen, findet sich kein Beweis im Edikte. Warum sollte übrigens diese Institution gerade im longobardischen Rechte kirchlichen Ursprungs sein, nachdem sie doch auch dem in heidnischer Zeit entstandenen und von kirchlichem Einfluss freien salischen Volksrecht nicht fremd ist. (Lex. Sal. XIII, 10.)

Die Gewalt des Ehemanns war nicht von der des früheren Mundwalds abgeleitet, wird auch in den Quellen gewöhnlich nicht mundium genannt.[1]) Durch die Ehe entstanden originäre Rechte, die mit dem Wesen derselben enger als die Befugnisse der Mundschaft zusammenhängen, welche ja niemals das Recht auf geschlechtliche Gemeinschaft in sich schliessen konnte. Das mundium aber verbleibt, wenn eine Ehe ohne den vorgeschriebenen Fraukauf zuwege gekommen war, dem früheren Gewalthaber der Frau, während das Gesetz trotzdem die Namen maritus und uxor für diese Gatten gebraucht. Das Entstehen factischer ehelicher Gemeinschaft, mit Zustimmung beider Betheiligten, war nach longobardischer Anschauung genügend zur Begründung einer Ehe. Die gegen einige Arten solcher Verbindungen gerichteten Gesetze sind leges minus quam perfectae, sie strafen, aber sie annulliren nicht.

Der factische Zustand hat eben im alten Recht ein weit entscheidenderes Gewicht als im modernen; es besteht überall die Neigung, ihn als rechtlichen anzuerkennen und nur, wo der öffentliche Friede darunter litte — und selbst da nicht ausnahmslos, tritt eine entgegengesetzte Entscheidung ein. Dass Ehen ohne Mundschaft möglich waren, folgt u. A. daraus, dass der Ehemann in einigen Fällen der Mundschaft strafweise verlustig gehen sollte, ohne deshalb aufzuhören, Ehemann zu sein.[2]) (Li. 130. Grim. 6.)

Auch die Textirung von Roth. 188 lässt keinen Zweifel darüber aufkommen, dass unter dem „maritus, qui mundium facere neglexit“ ein wirklicher Ehemann gemeint sei.[3]) Nicht minder führt die Fassung desselben Titels darauf, dass die Bezahlung der Deflorations- und der Fehdebusse durch den Mann für die Entstehung des ehelichen Verhältnisses nicht wesentlich war. Das Nämliche gilt von Titel 187 und 214 Roth. Überdies wird die Ehe ohne mundium an etlichen Stellen[4]), so Roth. 165 direct bezeugt:

---

[1]) Bluhme l. c.

[2]) Uebereinstimmt Rive I, 259: „Es existirt ein Causalzusammenhang zwischen dem Erwerb des mundium und der Entstehung der Ehe nicht. Der Mangel der Verlobung begründet nur ausnahmsweise ein Rückforderungsrecht des Vaters, regelmässig treten nur verschieden bestimmte Strafen ein.“

[3]) Vgl. Liber Pap. expos. [4]) Vgl. auch die Fälle der Ehe ohne mundium bei Liutpr. 114 und 126, sowie Roth. 187.

Digitized by Google

„Behauptet jemand von einer fremden Gattin die Mundschaft gehöre zu ihm, nicht zum Ehemann, so möge derjenige, der sie zur Frau hat, mit zwölf gesetzlichen Zeugen schwören, er habe die Mundschaft über sie von einer bestimmten Person erworben, habe dieselbe daher dem Gesetze gemäss niemandem zu überlassen. Tut er das, so möge er (die Mundschaft) haben und geniessen". .. Auch Liutpr. 57 bietet ein interessantes Beispiel der Rechtsbestimmungen über die Ehe ohne Mundium: Der Sohn aus einer solchen Ehe haftet für die Schulden seines Vaters, soweit er durch dessen Zuwendungen oder Nachlass bereichert erscheint, nicht aber mit dem, was er nach der Mutter erhalten, denn deren Gut war von vermögensrechtlichen Folgen der Ehe (ohne mundium) frei. Am gewichtigsten, weil am deutlichsten ist das Zeugniss von Liutpr. 139: Si haldius cuiuscunque haldiam alienam tulerit, aut servus ancilla, et antequam de ipso coniugio aliqua convenientia domini eorum inter se faciant, contegerit, ut quispiam miser homo ipsam haldiam aut ancilla, quae est uxor alterius, fornicatus fuerit, ita praevidimus, ut ei de ipsa culpa debeat subiacere ille qui hoc malum perpetravit, cuius uxorem adulteravit; nam dominus eiusdem mulieris tantum mundium de ea suscipiat sicut lex est.[1]) Hoc autem ideo prospeximus de uxore de servo vel aldione, quia si de libero hominem quispiam miser homo mulierem adulterat, ad maritum eius conponit (Lintpr. 122), ut etiam non habeat eam mundiatam, nam non ad parentes."

Daraus folgt nicht allein, dass eine Ehe ohne Mundschaft des Mannes als rechte Ehe anerkannt wurde, sondern auch, dass die Verfolgung des Ehebruchs, also der gleichsam dingliche Anspruch auf eheliche Treue vom Erwerb der Mundschaft unabhängig und das einzige unbedingt notwendige, das einzige wesentliche Merkmal einer rechten Ehe war.[2]) Und zwar wurde der Ehebruch hier nicht etwa bloss aus öffentlichem Interesse verfolgt (wie vermutet worden

---

[1]) Expos (p. 467): Lex ista .... absque dominorum voluntate fieri potuisse coniugium evidenter insinuat, vgl. die Glossen über die Bestrafung des adulter.

[2]) Vgl. Brunner, Lit. Ztg. 1876 S. 498 Note 1: Das Mundium erschöpft die Rechte, welche dem Manne über die Ehefrau zustehen, streng genommen weder in ältester, noch in jüngerer Zeit u. s. w.

Rosin ist allerdings der Ansicht (a. a. O.), der citirte Titel Liutpr. 139 enthalte neues, unter Liutprand gebildetes Recht, zu Rotharis Zeit sei der Ehebruch bei einer Ehe ohne mundium nicht dem Ehemann, sondern den Verwandten der Frau gebüsst worden, wie bei Verletzung der Geschlechtsehre eines Mädchens. In den Quellen findet sich aber kein Halt für diese Sätze, da Roth. 189 (Si puella aut mulier voluntarie fornicaverit) sich auf Weiber bezieht, die nicht uxores sind, indem Rothari selbst auch die Frau in der Ehe ohne

Digitized by Google

ist, um der Consequenz, es liege eine rechte Ehe vor, auszuweichen), sondern um des Ehemannes willen und aus eigenem Rechte des (freien) Mannes, da sonst die Busse „ad palatium“, eventuell an die Verwandten der Frau, nicht aber an ihn zu entrichten gewesen wäre. Mit der Verlobung ist zwar gleichfalls die Treuepflicht der Braut gegeben, die Verfolgung des Treubruchs (— faida —) und namentlich auch der anagrip gehört jedoch in diesem Falle (Roth. 190) dem Mundwald des Mädchens, während sich der Bräutigam mit dem doppelten Betrag der verabredeten meta abfinden lassen muss und hiermit jedem weiteren Anspruch auf die Braut entsagt.

Die Folgen der Ehe ohne mundium äussern sich sowol auf vermögensrechtlichem Gebiete, ein Punkt, der uns hier nicht näher interessirt, als auch, der gewöhnlichen Meinung gemäss, in der Zugehörigkeit der Kinder aus solchen Ehen unter die Mundschaft des mütterlichen Mundwalds, also auch zur mütterlichen Familie. Dem Vater gegenüber sollen sie bloss naturales gewesen sein[1]), obwol die longobardischen Rechte dies an keiner Stelle ausdrücklich bezeugen.[2]) Der Liber Papiensis erklärt zwar zu Roth. 155: „Naturales filii sunt, qui ex concubina nati sunt, quae ad modum uxoris tenetur“, beruft sich aber dabei auf eine Novelle Julians. Nach Liutpr. 106 und Roth. 222 waren allerdings Concubinenkinder — denn hier wird die Sklavin oder aldia nur „quasi oxore“ im Hause gehalten — naturales, allein die Existenz verschiedener anderer Arten von naturales ist durchaus nicht ausgeschlossen. Nicht auf alle naturales scheinen Rotharis Erbrechtssätze Anwendung zu finden. Nach Roth. 156 scheinen Kinder einer fremden Sklavin,

---

mundium stets uxor nennt und seine speciell gegen Ehebruch gerichteten Strafgesetze (Tit. 211—213) ganz allgemein von uxor sprechen, folgerichtig auch auf Ehen ohne mundium bezogen werden müssen.

Der in Rede stehende letzte Satz des Titels 139 Liutpr. soll die im selben Titel enthaltene, analoge Verfügung über Ehen der Haldien begründen und ist eben darum offenbar älteres Recht. Der darin berufene Titel 122 Liutpr. behandelt einen anderen, analogen Fall, enthält nichts von einer uxor non mundiata, spricht im Gegenteil schlechtweg von einer mulier habens virum im Sinn von Ehefrau, worunter allerdings, wie man aus dem Citat in 139 entnehmen kann, auch die uxor non mundiata begriffen sein muss. Selbst wenn das aber nicht der Fall wäre, hätte man kein Recht anzunehmen, ein Liutprand habe auf solche parenthetische Weise, den wichtigen Grundsatz der Anerkennung von Ehen ohne mundium neu einzuführen beabsichtigt.

[1]) Miller, Das longobardische Erbrecht in der Zeitschrift f. Rechtsgeschichte Bd. XIII (1876) S. 39.

[2]) Die von Schröder, Ehel. Güterr. I, S. 10, Note 54 angeführten Stellen beweisen es nicht.

Digitized by Google

creati fuerent, et mundium ex ea non fecerit, sint filii eius haldiones cuius et mater fuerit; nam posteûs mundium fecerit et filii nati fuerent ... patrem sequantur, et talem legem habeant cum patrono suo, qualem et pater eorum habuit."

Aus Roth. 216 geht hervor, dass, wenn eine Freie einen haldius geehelicht, sie nach dessen Tod gegen Rückgabe des für sie erlegten pretiums frei zu ihren Verwandten zurückkehren dürfe. Ihre Kinder können, wenn sie nicht im väterlichen Hause bleiben wollen, auf das väterliche Vermögen verzichten und gegen Erlag eines gleich hohen mundiums, wie das für ihre Mutter gezahlte, frei werden.[1]) Mit Ausnahme des zweifelhaften Falles der Ehe vollfreier Longobarden untereinander, ist im longobardischen Rechte der Grundsatz der Zugehörigkeit der Kinder zur Familie, resp. unter die Gewalt des Herrn oder Mundwalds der Mutter nach allen Richtungen hin durchgeführt. Ob nun beide Eltern aldii waren, oder der Vater Römer, die Mutter Lombardin; der Vater aldius, die Mutter frei; oder umgekehrt der Vater frei, die Mutter Sklavin; ob zwischen den Eltern das Eheband besteht oder nicht, die Kinder teilen immer das Schicksal der Mutter, das Mundium über sie erwirbt man mit dem der Mutter; der Mundschatz der Töchter gleicht dem der Mutter, oder in der Sprache des Edikts: „filii matre sequuntur."

Das nämliche Princip ist in so vielen Volksrechten enthalten, dass kaum zu bezweifeln ist, es sei gemeines germanisches Recht gewesen.

Nach fränkischem Rechte werden die Kinder des vollfreien Vaters unfrei, wenn dieser ein unfreies Weib ehelichte. Der umgekehrte Fall: die Ehe einer Freien mit einem Unfreien konnte nach altem Recht niemals eintreten, da nach lex Salica XIII 7, 8[2]) der Sklave, der eine Freie raubte, getödtet wurde, das Mädchen aber, das einem Unfreien aus eigener Wahl folgte, der Freiheit verlustig ging; die unfreien Kinder aus solchen Ehen gehörten demnach dem Stande der Mutter, so gut wie dem des Vaters an. Der in der Lex Ripuariorum LVIII 11, (zum ersten Mal im deutschen Rechte) ausgesprochene Grundsatz: „Die Kinder folgen der ärgeren Hand", ist in dieser Allgemeinheit neu. Nach altem salischem Rechte (und Titel LVIII leg. Rip. soll ja reformirtes salisches Recht sein) konnte stets nur die Mutter ärgere Hand sein, oder es waren beide Eltern gleichen Standes. Es konnte also nur ein, den

---

[1]) Vgl. Liutpr. 9: Töchter einer freigelassenen Sklavin sollen kein höheres mundium erhalten, als ihre Mutter: „Tantum pro mundio earum dent mariti sui, quantum pro matre datum fuerit" (Lib. Pap. Glosse p. 408).

[2]) Hessels und Kern Spalte 73. f.

Digitized by Google

Stand der Kinder in beiden Fällen umfassendes Princip existiren: Die Kinder teilen den Stand ihrer Mutter.[1]) Gab der fränkische Gemahl seiner Ehefrau keine dos, so trat (dem Ursprung der dos aus dem Mundschatz entsprechend) das ein, was nach longobardischem, und wie wir sehen werden, auch nach alemannischem Rechte für den Fall der Ehe ohne mundium bestimmt war. Wenn es im Appendix Cartarum Senonicarum 1 (a)[2]) heisst: .... „femina .. bene ingenua ad coniugium sociavi uxore, sed qualis causas vel tempora mihi oppresserunt, ut cartolam libellis dotis ad ea, sicut lex declarat, minime excessit facere, unde ipsi filii mei secundum lege naturalis appellant .... propterea volo, ut predicti filii mei omni corpore facultatis meis .... in ligitimam successionem debeatis addere adpatuere"; so ist hiermit gesagt, die Kinder einer Ehe ohne dos hätten den Vater nicht beerben können, man habe sie „naturales" genannt; die Existenz einer Ehe ohne dos wird aber dadurch keineswegs ausgeschlossen, im Gegenteil „ad coniugium sociare uxorem" kann nur übersetzt werden mit: zum Eheweib nehmen, und die Berichte kirchlicher Schriftsteller über die Concubinen fränkischer Könige sind kein Beweis dagegen. Auch hier bestand eine Ehe, aber eine rechtlich benachteilte Ehe. Weil in früherer Zeit, als noch der Mundwald des Mädchens den Mundschatz (Kaufpreis) für sie zu beanspruchen hatte, die Nichtzahlung des letzteren zwar nicht die Ehe hinderte, jedoch zur Folge hatte, dass die Frau unter der Mundschaft des bisherigen Mundwalds verblieb und die Kinder (dem Rechtsgrundsatz gemäss) ihr folgten (gleich unehelichen Kindern), so waren auch später die Kinder aus Ehen ohne dos „naturales" und es bedurfte eines eigenen Rechtsaktes, sollten sie des Erbrechtes nach dem Vater teilhaftig werden.

Wie sehr das „filii matrem sequantur" der Rechtsüberzeugung der Zeit entsprach, erhellt u. a. aus den in den Formelsammlungen enthaltenen epistolae conculcatoriae (Rozière CI—CIX), Urkunden,

---

[1]) Cf. Lex Rib. Tit. LVIII § 13: „Similiter et ille, qui tabulariam vel ecclesiasticam feminam seu baronem de mundeburdae Ecclesiae abstulerit sexaginta sol. culp. iud. et nihilominus generatio eorum ad mundeburdem Regis seu Ecclesiae revertatur" — und

§ 14. „Si autem Ripuarius ancillam Regis seu ecclesiasticam, vel ançillam tabulariam sibi sociaverit, non ipse, sed procreatio eius serviat."

§ 9 „ . . . ipsa et generatio eius in servitium inclinentur."

[2]) M.M. L.L. Formulae p. 208 sq. (Marc. App. LII) cf. das „rapto scelere meo coniugio sociavi" bei Marc. Lib. II, 16 (l. c. p. 85) und Form. sal. Merkel. 19 (l. c. 249); die für Entführung der eigenen Braut angedrohte Todesstrafe ist sicher neues, königliches Recht.

Digitized by Google

mittelst deren sich der Herr eines Sklaven bereit erklärte, die frei geborene Gattin desselben, oder die Kinder aus dieser Ehe bei ihrer Freiheit zu belassen. Wird der Mutter die Freiheit zugesichert, so nehmen die Kinder Teil daran: epist. CI: ... ipsa et agnatio sua, si ex ipsis fuerit procreata, valeant permanere ingenui atque securi; CIII: ipsa et geniti eius, qui ex ea nati fuerint, ebenso CIV, CVIII; CV, CVI, CVII, CIX, nennen wol nur die Kinder ausdrücklich als frei, doch wird wahrscheinlich auch hier die Freiheit der Mutter vorausgesetzt, was zum Teil aus der Fassung der epistolae hervorgeht.

Identisch sind die Grundsätze der Capitularien. Man vergleiche z. B. das capit. olon. III a. 823 § 4[1]): „Si quis liber homo uxorem habens liberam, propter aliquod crimen aut debitum in servitio alterius se subdit, eademque coniux manere cum ipso voluerit, ipsorum procreatio, quae tali coniugio fit, libertatis statum non amittat." Bleibt die Mutter frei, so bleiben es auch die Kinder. „Si vero ea defuncta secunda uxor et tamen libera tali se sciens iunxerit coniugio, liberi eorum servituti, subdantur." Das sciens ist von Belang; in diesem Falle wurde nämlich die Mutter selbst Sklavin (capit. olon. I § 10 in fine, Ansegis. L. III c. 29); hätte sie dagegen den Sklaven geheiratet, ohne seiner Unfreiheit kundig zu sein, so bliebe ihre Freiheit ungeschmälert und ihre Kinder würden frei. Der Stand der Kinder folgt also dem Stand ihrer Mutter.

Das friesische Recht stimmt genau überein. Titel VI lautet[2]): 1. „Si libera femina lito nupserit, nesciens eum litum esse et ille postea de capite suo, eo quod litus est, fuerit calumniatus, si illa sua sexta manu jurare poterit, quod postquam eum litum esse rescivit, cum eo non concumberet, ipsa libera permaneat, et filii quos procreavit.

2. Si vero iurare non possit, in compositionem mariti sui una cum filiis transeat."

Schwieriger sind die einschlägigen Titel des alemannischen Volksrechts. Nach Lex Alam Hloth. Tit. XVIII[3]) entscheidet über den Stand der Kinder der Stand der Mutter zur Zeit der Geburt. Die Frau, die einen Sklaven der Kirche geheiratet, muss dadurch in Unfreiheit verfallen sein, denn ihre Verwandten mussten sie loskaufen (exadoniare), wenn sie zu ihnen zurückkehren sollte. Die in der Unfreiheit erzeugten, daher unfreien Kinder, wurden durch

[1]) Pertz. M.M. L.L. I, 236.

[2]) M.M. L.L. III, 663. [3]) l. c. III, 50. cf. Ed. Roth. 216.

Digitized by Google

die Befreiung der Mutter nicht frei. Es verdient Beachtung, dass, der Bussordnung Theodors[1]) zufolge, nach angelsächsischem Rechte der Stand der Mutter zur Zeit der Erzeugung des Kindes für dessen Freiheit oder Unfreiheit massgebend war: Capitula Dacheriana c. 108: „Si praegnantem mulierem comparat aliquis prius liberam, liber est, qui generatus est."

c. 109: „Qui ancillam praegnantem liberat, qui generatus est servus est."

Weniger klar sind die Bestimmungen der lex Alam Hloth. Tit. LI, LII und LIV.

Sohm constatirt, das longobardische, thüringische, westgothische, fränkische, sächsische Recht hätten „die Gültigkeit der von der Jungfrau ohne Willen ihres Gewalthabers eingegangenen Ehe" anerkannt und zwar selbst in dem Falle, wo ein Verlöbnissbruch und zugleich eine Entführung des Mädchens stattgefunden hatten.[2]) Dem gegenüber sollen Lex Alam. Hloth. 54, 1: „Si quis filiam alterius non sponsatam acciperit sibi ad uxorem, si pater eius eam requirit, reddat eam et cum XL sol. conponat eam und Greg. Tur. Hist. Franc. IX, 33. Quia sine parentum consilio eam conjugio copulasti, non erit uxor tua" das Princip des alten Rechts enthalten, „welches dem Geschlechtsvormund auch in solchem Fall gestattete, die Auflösung der ohne seinen Willen zu Stande gekommenen Ehe herbeizuführen, und auch den Mann, welchen die Jungfrau selber sich erkoren hatte, als einen Entführer zu behandeln." Allein Greg. IX, 33 zeugt eher für das Gegenteil, denn die darin wiedergegebene Entscheidung eines Bischofs ist wahrscheinlich kirchenrechtlicher Natur und wurde überdies als rechtswidrig durch König Gunthram cassirt; auch Gregor von Tours selbst sah jene Ehe für unanfechtbar an. Was Titel 54 betrifft, ist Sohms Auffassung zum mindesten zweifelhaft, umsomehr, als er selbst in seinem späteren Werk über „Trauung und Verlobung" in Bezug auf Titel 51 der entgegengesetzten Ansicht zu huldigen scheint. Aus den longobardischen, sächsischen alemannischen Quellen, welche die tatsächlich zu Stande gekommene Ehe aufrecht erhalten und den ersten Bräutigam mit einer Entschädigung abfinden, soll der Standpunkt des älteren Rechtes zu entnehmen sein.[3]) Die Braut soll nach älterem Rechte als ersetzbar gegolten

[1]) Wasserschleben, Die Bussordnungen der abendländischen Kirche, Halle 1851 p. 155; Theodorus Poenitentiale II, 13 §§ 6. 7. a. a. O. 217.

[2]) Recht der Eheschliessung 51. f., vgl. Trauung u. Verl. 21 oben.

[3]) Trauung u. Verl. S. 20. ff.

3*

haben, ihre Unersetzbarkeit, die unbedingte Pflicht zur Rückgabe und die Strafe des Entführers sind Züge späteren Rechtes. Lex Alam. Hloth. 52: Si quis sponsatam alterius contra legem acciperit, reddat eam et cum 200 sol. conponat. Si autem reddere noluerit, solvat eam cum 400 sol., aut si mortua fuerit post eum.

„Hier ist bereits neben die Zahlung des Ersatzes durch den zehnfachen Betrag des Witthums die Rückgabe der Braut mit Zahlung des fünffachen Witthums getreten. Aber der Entführer hat noch die freie Wahl, ob er durch die Braut mit Hinzufügung des Schadenersatzes oder durch blossen Schadenersatz den Bräutigam abfinden will.“ [1])

Man beachte nun die bis auf den Wortlaut vorhandene Analogie zwischen Titel 52, 51 und 54. Titel LI, 1 lautet: „Si quis liber uxorem alterius contra legem tulerit, reddat eam et cum octuaginta solidis conponat. Si autem reddere noluerit, aput 400 solidos eam conponat. Et hoc si maritus prior voluerit. Et si antea mortua fuerit, antea quod ille maritus quaesierit, cum 400 sol. conponat.“ Stellt sich nicht das, mit dem Satz „si eam reddere noluerit“ und mit der analogen Bestimmung des Titels 52 in Widerspruch stehende „et hoc si maritus prior voluerit“ als Zusatz späteren Ursprungs dar? und wenn Titel LI fortfährt: 2. Si autem ille raptor, qui eam accepit sibi uxorem, ex ea filios aut filias antea quod eam solvat habuit, et ille filius mortuus fuerit aut illa filia: ad illum pristinum maritum illum filium cum widrigildo solvat, liegt darin nicht ein directer Hinweis darauf, das Verhältniss der Geraubten zum Entführer sei als Ehe anerkannt worden? Der frühere Mann wird „pristinus maritus“ genannt, die Ehe mit ihm kann zwar durch Rückgabe der Geraubten erneuert werden, aber das widerspricht keineswegs der Existenz ihrer Ehe mit dem Entführer, „qui eam accepit sibi uxorem.“ Die Analogie des angelsächsischen Rechtes (des bekannten Gesetzes Aethelbirths § 31, Schmid S. 5) bestätigt, nach ältesten germanischen Begriffen sei die Ehefrau ein ersetzbares, ja vertretbares Gut gewesen, eine Anschauung, die auch bei andern germanischen Stämmen bestimmte Spuren hinterlassen hat, Das in Hinblick auf Titel 51 Ausgeführte bezieht sich auch auf Titel 54:

LIV 1. Si quis filiam alterius non sponsatam acciperit sibi ad uxorem, si pater eam requirit, reddat eam et cum 40 sol. conponat eam.

2. Si autem ipsa femina post illum virum mortua fuerit, ante-

[1]) Sohm, Trauung u. Verl. 24.

Digitized by Google

quam illius mundium aput patrem adquirat, solvat eam ad patrem eius 400 solidis. Et si filios, aut filias genuit ante mundium et omnes mortui fuerint, unicuique cum widrigildum suum conponat ad illum patrem feminae.

Auch hier wiederholt sich das „acciperit ad uxorem“, das reddat eam et conponat, welches hier apodictisch ausgesprochen wird. § 2 desselben Titels behandelt jedoch nicht die Rückgabe des Mädchens, sondern die Ablösung des mundiums von ihrem Vater, als das Regelmässige, Gewöhnliche. In allen drei Fällen, in dem des Titels LI und denen der Titel LII, LIV sind wie berechtigt, mit Wahrscheinlichkeit das Vorhandensein von Ehen anzunehmen. Auf eheliche Kinder bezieht sich demnach der zweite Satz des Titels LIV und der dritte Satz des Titels LI (Si autem vivi sunt, non sint illi, qui eos genuit, sed ad illum pristinum maritum mundio pertineat). Das Mundium der Kinder gehört zum Mundwald der Mutter, ohne Rücksicht darauf, ob derselbe ihr Gemahl ist oder nicht. Hat der Letztere das Mundium seiner Ehefrau nicht erworben, so gehören seine Kinder nach Titel LI unter die Mundschaft des früheren Gemahls der Mutter, eine Entscheidung, die nach unserem Gefühl geradezu anstössig wäre. Die Pflicht des Entführers nach Titel LIV 2, das Leben der Kinder dem Vater ihrer Mutter zu büssen, deutet gleichermassen darauf hin, diesem Letzteren habe — in seiner Eigenschaft als Mundwald der Mutter, — auch die Mundschaft über ihre Kinder gebührt, mit anderen Worten, das alamannische Volksrecht hält sich an den Grundsatz des Mutterrechtes: „Filii matrem sequantur.“

Auch das thüringische Volksrecht (L. Angl. et Werin X, 2) kennt eine Ehe ohne mundium, enthält jedoch keine Vorschrift über die Familienzugehörigkeit der Kinder.

Werfen wir zum Schluss einen vergleichenden Blick auf die nordischen und angelsächsischen Rechte. Die letzteren erkennen ihrer hohen Entwicklung entsprechend (wenn wir von den oben angeführten Bestimmungen der Bussbücher absehen) regelmässig die Zugehörigkeit des ehelichen Kindes zu Stand und Familie des Vaters an. In den s. g. leges Heinrici I (Privatsammlung entstanden zw. 1135 und 1189) Tit. 77 § 1[1]) lesen wir: „semper a patre non a matre generationis ordo texitur.“ Allerdings scheinen (mit Bezug auf Unfreie?) auch damals noch Ausnahmen vorgekommen zu sein. Tit. 77 § 2: „vitulus autem matris est cuiuscumque taurus alluserit.“ — Sonst wäre nur noch § 79 der Gesetze Aethelbirths anzuführen[2])

---

[1]) Schmidt, Gesetze der Angelsachsen, 2. Aufl., S. 59. [2]) l. c. S. 9.

Digitized by Google

wonach bei der Ehescheidung die Kinder sammt der Mutter den Ehemann verlassen, während sie freilich nach § 80 in gewissen, nicht specificirten Fällen beim Vater verbleiben sollen: ein Uebergangszustand, wie er uns wiederholt in der Einleitung begegnet ist.

Für Beurteilung des nordischen Rechts ist in erster Linie zu berücksichtigen, dass das gesammte scandinavische Familien-, das älteste scandinavische Ehe- und Vormundschaftsrecht auf einer moderneren, vorgeschritteneren Entwicklungsstufe stehen, als irgend eines der deutschen Volksrechte.[1]) Dies gilt, abgesehen von einzelnen, bei der ungleich raschen Entwicklung verschiedener Rechtsinstitute erhaltenen, besonders altertümlichen Zügen, auch vom isländischen Rechte. Es bleibt indess eine offene Frage, ob eine ohne Zahlung des mundr geschlossene Verbindung als Ehe angesehen wurde oder nicht. Die Illegitimität der Kinder aus solcher Verbindung, speciell ihre Erblosigkeit nach dem Vater ist kein Beweis für das Letztere, weil eben die Ehe ein Verhältniss zwischen Mann und Weib ist, nicht ein Verhältniss zwischen Eltern und Kindern. Auch dass die Kinder einer ohne mundr geehlichten Frau Bastarde (frillu sonu) genannt werden, bildet keinen Beweis gegen die Existenz solcher Ehen, selbst dann nicht, wenn wir mit Weinhold frillu sonu mit „Sohn einer Beischläferin" übersetzen. Die Egilssaga wollte damit eine Schimpfrede wiedergeben und im Gebrauch von Schimpfworten waren die Scandinavier, wenn man der Edda Glauben schenken darf, durchaus nicht wählerisch. Namentlich der Fall, wo für eine Frau ein Preis gezahlt wurde, aber ein geringerer, als der gesetzliche, wird zweifelhaft bleiben müssen. Lehmann spricht sich in seiner trefflichen Abhandlung gleichfalls nicht völlig entschieden aus. Wiederholt gebraucht er den Ausdruck, es habe beim Fehlen der vorgeschriebenen Formen „die volle Ehelichkeit gemangelt."[2]) Soll es vielleicht eine nicht volle, eine unvollkommene Ehelichkeit bei den Scandinaviern gegeben haben? Weinhold präcisirt den nordischen Grundsatz wie folgt: „Ohne Malschatz gefreit, gehörte die Frau nur ihrem angeborenen Geschlechte an; ihre etwaigen Kinder erbten daher nur in ihrer Familie und wurden als keine rechten Glieder des Geschlechts des Vaters betrachtet."[3]) „Auf Island galten die Kinder einer Frau, die um einen geringeren Preis, als den kleinsten gesetzlichen gekauft war, nicht für erbfähig."

---

[1]) Karl Lehmann, Verlobung und Hochzeit nach den nordgeman. Rechten. München 1882. S. 78. f.

[2]) a. a. O. 2. f.

[3]) Die deutschen Frauen im Mittelalter. 2. Aufl. 1882. I, 320. ff.

Digitized by Google

Die Frage, ob diese Geschlechtsverbindungen als Ehen galten oder nicht, ist übrigens für unsere Aufgabe nicht wesentlich; jedenfalls war die Vaterschaft der aus solchen Verbindungen entsprossenen Kinder nicht weniger sicher als diejenige der anerkannt legitimen. Es entfällt hiermit die einzige Erklärung, sowie der einzige Grund der Beizählung der Kinder zur Familie der Mutter. Wurden sie dieser Familie allgemein beigezählt, so muss dies auf historischen, oder genauer gesagt, vorhistorischen Ursachen beruhen. — Auch muss man sich die Frage stellen: was war Rechtens, bevor man den Brautkauf kannte; diese Institution muss doch einmal, wie alles Irdische, entstanden sein. Hat nicht die ursprünglich allgemeine Ehe ohne Brautkauf das Mutterrecht mit sich geführt, ebenso wie die später neben den formell vollkommenen Ehen vorkommenden ehelichen, oder quasiehelichen Verbindungen ohne Brautkauf? Diese Frage liegt vielleicht nicht so weit ausserhalb des Bereiches der Forschung, als es auf den ersten Blick erscheinen möchte.

Entschieden tritt der Zusammenhang zwischen dem Stand der Mutter und dem der Kinder in dänischen Rechtsquellen hervor und wir stehen nicht an zu behaupten, dieselben hätten hierin einen altertümlicheren, ursprünglicheren Character bewahrt, denn das isländische, norwegische und schwedische Recht. Denn von einem Einfluss der Kirche, der sich nirgends anders in dieser Richtung betätigt hat, kann auch hier nicht wol die Rede sein. Andreas Sunesen[1]) sagt in seiner Paraphrase des schonischen Rechtes, dem ältesten Denkmal desselben: „Matris conditionem sequitur semper partus, ut sit liber partus ex libero ventre procreatus, licet pater servili conditione premeretur,“ ebenso bestimmt das Waldemar-Seeländische Gesetz (III 12): „Ist die Frau frei, der Mann unfrei und hat er Kinder mit ihr, so sind die Kinder frei“, und Andreas Sunesen an anderem Orte: „Ut partus .... sit servus ex ventre servili progenitus, quantumcunque pater inter ingenuos nobilitatis genere praefulserit.“

Wir haben uns überzeugt, dass diese Grundsätze nicht auf das dänische Recht beschränkt sind. Die in einer Reihe von germanischen Rechten nachweisbare Zugehörigkeit der Kinder unter die Mundschaft des Mundwalds der Mutter repräsentirt ebensoviele Fälle von Mutterrecht.

Es wäre interessant zu erforschen, inwiefern die nämlichen Principien auch auf uneheliche Kinder Anwendung fanden, denn es ist

---

[1]) Erzbischof von Lund, 1201—22. Die folgenden Quellenbelege s. bei Kolderup-Rosenvinge, Dän. Rechtsgesch. § 14 Note b u. § 15 Note b.

Digitized by Google

ja gar nicht selbstverständlich, dass dieselben der mütterlichen Familie zugezählt, von der väterlichen ausgeschlossen werden. Die altdeutschen Rechtsquellen schweigen über diesen Punkt fast vollständig.[1]) Dennoch sind wir nicht ganz ohne Nachrichten, und das nordische, namentlich das dänische Recht liefert auch hier beachtenswerthe Belege.[2]) Nach seinen ältesten Quellen gehörten die Unehelichen nur zur Familie der Mutter und hatten ihr und ihren Verwandten gegenüber das gleiche Erbrecht wie die Ehelichen: „Nach ihrer Mutter und deren Kindern nahmen sie volles und alles Erbe, sie seien vor Gericht legitimirt oder nicht.“[3]) Die Bussen für Verletzung ihrer Rechte (resp. Tödtung) erhielten die Spillmagen; zwischen ihnen und ihrem Vater konnte ein Erbrecht nur durch öffentliche (gerichtliche) Legitimation entstehen. Die Unehelichkeit wurde noch nicht als Schande angesehen[4]) und die blosse Blutsverbindung durch die Mutter genügte, um dem Unehelichen die Gleichberechtigung mit anderen Mitgliedern iher Familie zu sichern. Diese Bestimmungen beziehn sich auf Fälle, wo der Vater nicht nur bekannt ist, sondern auch seine Vaterschaft nicht verläugnet, wo also ein rationeller Grund die Kinder seiner Familie abzusprechen nicht besteht.

Zweifelhafter ist die Stellung der Unehelichen nach deutschem Recht. Aus der Carta senonensis 42[5]) ist ersichtlich, „dass im 6. Jahrh. Kinder, die der Erblasser mit einer Sklavin erzeugt, später aber freigelassen hatte, des Erbrechtes darbten“[6]); dieses Princip muss im 9. Jahrh. noch bei lebendiger Kraft gewesen sein, da es selbst Karl dem Grossen nicht gelang, einen Teil seines Erbes seinen Bastarden zuzuwenden. Die Merowinger durchbrachen das erstere, indem sie, ohne auf die Abstammung der Mütter Rücksicht zu nehmen, alle vom Könige erzeugten Kinder Prinzen (regis liberi) nennen liessen, daher auch nach Chlodwig sein unehelicher Sohn Theodorich neben den ehelichen Brüdern die Herrschaft erben konnte. Gregors Bericht lässt jedoch erkennen, der merowingische Grundsatz sei neu und mit dem

---

[1]) Zöpfl, Rechtsgesch. 1872. III, S. 25.

[2]) Auch nach den übrigen nordischen Rechten gehört die Zulassung der Unehelichen zur Rechtsgemeinschaft der väterlichen Familie einem späteren Zeitraum an. Vgl. Lehmann l. c. SS. 14 u. 26.

[3]) Kolder-Rosenv. § 45 S. 60 ff.

[4]) l. c. 27. Note h. — Der defectus natalium des kanonischen Rechtes ist erst mit Beginn des 10. Jahrh. entstanden!

[5]) M.M. Germ. Leg. Sectio V, I p. 204.

[6]) Amira, Erbenfolge und Verwandschaftsgliederung etc. München 1874. S. 19 f. Daselbst überhaupt über das fränk. Recht.

Digitized by Google

alten Recht unverträglich gewesen.[1]) Wenn dieses Recht, sofern man aus den bisherigen Ausführungen schliessen darf, gemeingermanisch war, so dürfte der vom Sachsenspiegel bekämpfte Satz: „Man seget, dat nen kint siner muder keves kint ne si, des n'is doch nicht", eine Reminiscenz an dasselbe enthalten. Schwerlich ist die Polemik des Sachsenspiegels, wie Zöpfl annimmt[2]), gegen das römische Recht gerichtet. Der Grundsatz, kein Kind sei seiner Mutter Kebskind, ist ein deutscher: es geht dies schon daraus hervor, dass er sich in den, von römischem Einfluss freien, friesischen Quellen des fünfzehnten Jahrhunderts wiederfindet[3]) und überhaupt so tief eingewurzelt ist, dass er sich bis heute im Volksmund in ununterbrochenem Gebrauche erhalten hat.[4]) Dass derselbe bei den Friesen nicht etwa Folge einer allmäligen Verbesserung der Lage der unehelichen Kinder, sondern altnationales Recht war, erhellt daraus, dass er bereits im Sachsenspiegel in der citirten Stelle erwähnt wird. Die friesischen Küren enthalten tatsächlich manches Altertümlichere, als der Sachsenspiegel. So beriefen einige derselben die unehelichen Kinder unmittelbar zur Erbschaft nach der Mutter, wenn eheliche fehlten; andere erkannten den unehelich Geborenen das Erbrecht bezüglich der Errungenschaft der Mutter, nicht aber bezüglich ihres Erbgutes zu. Neuere und ältere Rechte stimmen darin überein, dass das uneheliche Kind, wenn eheliche Kinder fehlen, das Wehrgeld für die Tödtung der Mutter und die Mutter das Wehrgeld für die unehelichen Kinder zu beanspruchen habe. Dem gegenüber stellt sich das Recht des Sachsenspiegels als ein neueres dar: Die unehelichen Kinder sollen rechtlos, Kebskinder auch ihrer Mutter sein und kein Familienrecht geniessen — dieses Princip ist gemeindeutsches Recht geworden; die geltenden Vorschriften der deutschen Gesetzbücher, welche den Kindern ein Erbrecht nach der Mutter und ein Recht auf Führung ihres Familiennamens zuerkennen, beruhen auf römischem, nicht auf deutschem

---

[1]) Greg. Tur. hist. V, 21: episcopus ... declamare plurima de rege coepit et dicere, quod filii eius regnum capere non possent, eo quod mater eorum ex familia Magnachari, quondam adscita thorum regis adisset — ignorans quod, praetermissis nunc (auf diesen Ausdruck legt G. Waitz die Betonung) generibus feminarum, regis vocitantur liberi qui de regibus fuerunt procreati." Schwerlich hätte der Bischof das „declamare plurima" unternommen, wäre die Succession der Unehelichen mit althergebrachtem Recht in Einklang gewesen.

[2]) l. c. III, § 89, Note 12.

[3]) Amira l. c. 180, 194.

[4]) Graf u. Dietherr, Rechtsprichwörter. 2. Ausg. 1869. S. 164, Nr. 134—6 cf. 138, für das Mutterrecht überhaupt Nr. 150.

Digitized by Google

Die alten Germanen zeichneten sich zwar nach allen Berichten in hohem Masse durch diese Tugend aus, es ist jedoch selbstverständlich, dass sie über deren Pflichten und Grenzen andere Begriffe hegten als wir heutzutage. Namentlich gewisse überlieferte Züge werden schwerlich anders, denn als Ueberreste des Mutterrechtes erklärbar sein.

Auch im germanischen wie im römischen Altertum war es dem Vater nicht sowol darum zu tun, die seiner Gewalt unterworfenen Kinder selbst gezeugt zu haben, als vielmehr darum, dass sie nicht in einem, ohne sein Wollen und Wissen verübten Ehebruch der Ehefrau gezeugt worden, und freien Standes seien.

Daher konnte der Ehemann nach altdänischen Rechten seine ehelichen Rechte einem anderen abtreten, obgleich er andererseits befugt war, die Frau für Ehebruch straflos zu tödten.[1]) Ein Ehebruch mit Willen des Mannes war eben in jener Periode kein Ehebruch in unserem Sinn — kein Vergehen. Bei manchen Stämmen war es vielleicht, wie bei den alten Römern „*καλλὸν καὶ φύσει πολιτικὸν*“ dem Gast seine (des Gastgebers) Frau preiszugeben. Man erinnere sich des häufig citirten Beispieles in der Edda (Rígsmal), wo Heimdall, der mächtige Gott als Gast zu den greisen, allerdings kinderlosen Eheleuten A i und E d d a einkehrt, ihr gemeinsames Lager, zwischen sie gebettet, durch drei Nächte teilt und bei dieser Gelegenheit mit Edda Thral, den Urvater der Knechte zeugt. Auf gleiche Weise wird er später Gast eines zweiten und dritten Ehepaares, schläft immer zwischen beiden und erzeugt so den Ahnherrn der Bauern und den der Adeligen. Ganz gut verträgt sich mit ähnlichen Bräuchen die strenge, allen Germanen gemeine Bestrafung des Ehebruchs. Sollte nicht Lex Liutpr. CXXX, welche den Mann, der seine Frau zum Ehebruch verleiten will, aber auch die Frau, die sich verleiten lässt, mit Strafe bedroht und Lex Wisig. IV 1, 2: „. . . . ea tamen conditione r e t e n t a, ut si mulieris maritus . . . eandem suam uxorem, ea n o l e n t e adulterandam cuicunque viro dedisse vel promisisse convincitur, quia tale nefas fieri nequaquam i n t e r C h r i s t i a n o s oportet, nubendi alteri viro . . . nullatenus illicitum est“ — sollten diese Stellen nicht auf eine ähnliche, alte Unsitte hinweisen? Spuren einer solchen fehlen ja auch im späteren Mittelalter nicht. So z. B. berichtet der Satiriker Murner (1475—1535), doch wol nicht ohne eine factische Grundlage in einer seiner unsauberen Schriften: Es ist in dem Niderlandt der Bruch, so der Wyrt ein lieben gast hat, dass er

[1]) Kolderup, Rosenvinge 24 gibt Beispiele.

Digitized by Google

jm seine Frow zulegt uff guten Glauben[1]) und bei Henne am-Rhyn, der leider nicht speciell citirt, lesen wir[2]): „In Wien begnügte sich, wie Piccolomini[3]) in der Mitte des 15. Jahrhundert erzählt und Bonstetten an dessen Ende bestätigt, selten eine Frau mit einem Manne, und wenn die Edeln zu den Bürgern kamen, so trugen die Letzteren Wein auf und entfernten sich." Die Verantwortung für die Wahrheit der Nachricht mag den Autoren überlassen bleiben, dem Geist der Zeit kann sie doch wol nicht schroff widersprochen haben, da Äneas Sylvius sie sonst schwerlich wiedergegeben hätte. Weniger zweifelhaft ist der Wert der einschlägigen Bestimmungen der westfälischen Bauernrechte z. B. des Benker Heidenrechtes § 27[4]):

„Item so wise ick ock vor recht, so ein guit man seiner frau ihr fraulick recht nicht doen könne, dat sey dar over klagde, so sall er sey upnahmen, und dragen sey over seven errfthuine, und bitten dar sinen negsten nabern, dat er siner frauen helffe; wan er aber geholfen is, soll hey si weder upnehmen undt dragen sey weder tho huss, und setten sey sachte dael, und setten er en gebraten hon vor, und ene kanne winss." Das Nämliche mit unwesentlichen Abweichungen enthält die Landfeste von Hattnegge, (§ 77)[5]) das Bochumer Landrecht[6]) und der 7 freien Hagen Recht[7]) § 32. Am Weitesten gehen die Hattnegger Landfeste und das Bochumer Landrecht.

Das Letztere bestimmt (Art. 52) „Item, ein mann der ein echtes weib hat und ihr an ihren freunlichen rechten nicht genug helffen kan, der soll sie seinem nachbahren bringen, und könte derselbe ihr dan nicht genug helffen, soll er sie sachte und sanfft auffnehmen, und thuen ihr nicht wehe und tragen sie über neun erbthüne, und setzen sie sanfft nieder, und thun ihr nicht wehe, und halten sie daselbst fünff uhren langh und rufen wapen, dass ihm die leute zu hülffe kommen; und kan man ihr dennoch nicht helffen, so soll er sie sachte und sanfft auffnehmen, und neu Kleidt und beuthel mit zehrgeldt (geben) und senden sie auff ein jahrmarkt; und kan man ihr alsdenn noch nicht genug helffen, so helffe ihr thausend düffel."

Grimm konstatirt, dass hier dem Ehemann gestattet war, im

[1]) Bastian, Der Mensch in der Geschichte III, 304.

[2]) Kulturgeschichte d. neueren Zeit 1870. I, 573. Vgl. Weinhold, l. c. II, 23 (15., 16. Jahrh.): „Gästen die man ehren wollte, ward ein schönes Fräulein zur Unterhaltung geschickt." [3]) Aeneas Sylvius. [4]) Weisthümer, III 42, § 27.

[5]) 16. Jahrh. a. a. O. S. 48. [6]) a. a. O. 70.

[7]) l. c. S. 311 nur in einer Redaktion des 18. Jahrh. erhalten.

Digitized by Google

Falle physischen Unvermögens einen Vertreter zu wählen und weist zugleich auf verwandte Gebräuche in Sparta und Athen hin[1]), wozu hinzugefügt werden kann, dass sie auch den Hindus nicht fremd waren[2]), deren Grundsatz Mayne formulirt: „The son belongs to the owner of the mother." Die Begründung der Sohnschaft auf Blutseinheit zwischen Vater und Sohn ist im indischen Recht ihrer Begründung auf die Herrschaft über die Ehefrau gefolgt[3]) und nicht anders war es im deutschen Recht. Die Kinder, die mit Wissen und Willen des Ehemanns von einem Andern mit des ersteren Frau gezeugt waren, wurden als seine rechten Kinder anerkannt.

Ein spätes Beispiel solch einer Anschauung ist, dass ein thüringischer Ritter zum Landgrafen Ludwig, dem Gemal der heiligen Elisabeth, mit der Bitte kam, derselbe möge ihn bei seiner Frau vertreten, was freilich damals schon als „Affenheit" beurteilt wurde.[4]) Die äusserste Gleichgiltigkeit gegen die Abstammung der Kinder bekunden die ältern Rechtsquellen überhaupt. So das oben erwähnte Gesetz König Aethebirth's (a. 560—616[5]): „Wenn ein freier Mann einen Ehebruch mit der Frau eines andern Freien verübt hat, soll er das Weib für ihr Wehrgeld erwerben und dem Beschädigten eine andere Frau kaufen und nach Hause zustellen", und die Lex Alam. Hloth. LI, wonach sich der alamannische Ehemann, dem die Frau entführt worden war, mitunter, ursprünglich vielleicht immer, mit einer Busse begnügte, durch deren Annahme er seinen Anspruch auf Frau und Kinder einbüsste, der Entführer demgemäss in die Lage kommen konnte, die von seinem Vorgänger erzeugten Kinder als die seinen anerkennen zu müssen. Die Frau war, wenn auch (soweit nicht Entführung aus fremdem Stamme ins Spiel kam) die Gewalt des Ehemannes über sie durch den schützenden Einfluss ihrer Familie beschränkt sein mochte, doch ursprünglich fast wie

---

[1]) R. A. 443 ff.

[2]) Kohler, Indisches Familien- und Erbrecht in der Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss., III Bd. 1882, p. 394.

[3]) l. c. 406, 407, vgl. Kohler in der krit. Vierteljahresschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtswiss. Neue Folge, IV. Bd. (1881), S. 17 f. u. die dort citirten Schriften: Post, Bausteine I, 88, Gir.-Teul. Orig. 151; üb. Griechenland Fustel de Coulanges Cité antique p. 53.

[4]) Weinhold Frauen II, 47.

[5]) § 31. — Schmidt, Ges. d. Angelsachsen, 2. Aufl. S. 5. Verkauf von Ehefrauen am Markt (als symbolischer Akt?) soll in England noch im laufenden Jahrhundert vorgekommen sein (Wackernagel, Familienrecht u. Familienleben der Germanen in Schreibers Taschenbuch f. Gesch. u. Altert. im Süddtschld. V S. 272—5) [Kl. Schriften, Bd. I], woselbst auch Belege in Bezug auf Tödtung der Frau durch den Ehemann.

Digitized by Google

eine Sache in die Hände des Letzteren gegeben. Wenn man den Sagas glauben darf, konnte er sie nach altnordischer Sitte einem andern als Erbstück lassen, oder ihm schenken, oder gleich einem Teil des Inventars, also gleich einer Unfreien, mit sammt seinem Hause verkaufen.[1]) Damit mochte der Brauch zusammenhängen, der in den Stand der Ehe tretenden Jungfrau das Zeichen der Freiheit, die wallenden Haare abzuschneiden und sie so der Sklavin äusserlich gleich zu machen.[2]) Auch die allzuleichte aus den fränkischen, alamannischen, bairischen, nordischen Rechten erweisliche Trennbarkeit der Ehe musste Unsicherheit der Vaterschaft zur Folge haben; von den Franken insbesondere wissen wir, dass die Trennung, mit Zustimmung beider Teile vorgenommen, auch für beide Teile die vollkommene Freiheit nach sich zog, in eheliche Verbindung mit dritten Personen zu treten.[3]) Die nämliche Unsicherheit war notwendig

---

[1]) Weinhold II, 11: Egilss. c. q.: Der Skalde Bardr der Weisse hinterlässt seine Frau, seinen Sohn und seine übrige Habe einem Freunde, der sie mit Zustimmung ihres Vaters ehelicht. Fridthiofssage c. 14: König Ring vermacht dem Fridthiof sein Reich und seine Frau; „mit dem Todtenmahle um den Verstorbenen wird der Brautlauf der beiden vereinigt". Floamannas c. 17: Thorgild lässt seine Frau einem Freund als Andenken zurück. Nach Saxo gibt König Frodi seine Frau zur Strafe der Untreue einem unbedeutenden Manne. Landnâmab. I, 21: Eine Isländer verkauft Hof und Habe sammt seiner Frau, die sich freilich aus Verzweiflung darüber erhänkt. Weinhold, Altnordisches Leben 249: „Auch die alte Sitte des Mitsterbens des Weibes beruht ursprünglich auf der Meinung, dass sie zu seinem (des Mannes) Dienste und seiner Lust ihm ebenso folgen müsse, als das Ross und die Jagdthiere und die Knechte." Mit Leichtigkeit wäre dafür eine Menge von Belegen aufzubringen.

[2]) Waitz, Verf.-Gesch. I[2] 58, Note 2, bestreitet Wackernagel's Ansicht, die Frau sei ganz und gar Eigentum des Mannes, unfrei, gewesen. Dagegen spreche doch alles, was wir über ihre Behandlung erfahren. Sicher durfte er sie nicht straflos tödten. — Letzteres mag richtig sein, schliesst aber ein eigentumsähnliches Verhältniss nicht aus, war ja doch nach spätrömischem Rechte das Recht des Herrn an dem Sklaven mannigfach beschränkt und doch Eigentum. Die auch von Waitz citirte Stelle in Tacit. ann. IV, 72: „postremo corpora conjugum aut liberorum servitio tradebant" setzt eine eigentumsähnliche Dispositionsbefugniss der alten Germanen über Frau und Kinder voraus. Die factisch einflussreiche und geachtete Stellung des Weibes steht mit dem barbarischen „Überlebsel" der Vorzeit in keinem unlöslichen Widerspruch. Waitz selbst gesteht zu, der Mann habe im Fall der Not über die Person von Frau und Kindern zu verfügen gehabt, die Frau in älterer Zeit bei einigen Stämmen vielleicht verkaufen dürfen und deutet Lex Saxon 65: „sed non liceat ullam feminam vendere. Lito regis liceat uxorem emere ubicunqne voluerit" als Verbot dessen, was früher erlaubt war. Das Recht, die Frau zu verkaufen, ist aber durch das Eigentum des Mannes an ihr bedingt.

[3]) Nach dem Pactus Alam. fragm. 3, § 2 (L.L. III, 38) durften sich Ehegatten mit beiderseitiger Zustimmung trennen; nach § 3 (l. c.) durfte der Mann

mit der für unser Gefühl ungeheuerlichen, bei den Scandinaviern jedoch nicht seltenen Combination des Todtenmals nach einem Ehemann mit dem Brautlauf seiner Wittwe verbunden[1]), ferner mit dem überaus häufigen Entführen von Frauen, sei es nun während des waffenstarrenden Friedens, oder während der, besonders im Norden den Normalzustand bildenden Raubzüge und Ueberfälle der Periode. Alle diese Ursachen begünstigen das Mutterrecht, sie haben es zwar (in abgeschwächter Form) überdauert, aber doch sicherlich dazu beigetragen, dass sich gewisse, kennzeichnende Zeugnisse desselben tief in die historische Zeit hinein erhalten haben.

Dazu gehört das Verhältniss zwischen Vater und Kindern. Die Kinder standen dem Vater verhältnissmässig fremd gegenüber und bedurften gegen seine schroffe Gewalt des Schutzes der Muttermagen, der freilich kein vollkommener war.[2]) Das Neugeborene

---

die Frau verstossen und hiermit die Ehe auflösen, doch nur gegen Erlag einer Busse; auf gleiche Weise konnte das Verlöbniss gelöst werden (L. Hloth. LIII). Die Lex Baiuv. VIII, 14 (L.L.III, 300) bestimmt die Höhe der Composition für den Fall, dass der Ehemann seine Frau ohne Verschulden ihrerseits verliesse. Bei den Franken war die Ehetrennung aus späterhin dazu nicht mehr genügenden Gründen gestattet: Greg. Tur. Hist. Fr. X, c. 13. Vgl. Pippins Capitulare Compendiense v. 757, L.L. Sectio II, 1. I (1881), p. 38, § 6, 7, 9, 10; dagegen enthält § 21 ein Verbot neuer Ehe bei Lebzeiten des ersten Gatten. In diesem, sowie im Capitulare Vermeriense (758—768) macht sich überhaupt bereits die kirchliche Tendenz nach Befestigung der Ehe fühlbar. Vgl. Pippini Princ. Cap. Suesson 744. L. L. I, 30, § 9: nec marito viventem sua mulier alius non accipiat, nec mulier vivente suo viro alium accipiat; quia maritus muliere sua non debet dimittere, excepto causa fornicationis deprehense; eine Verordnung, die später wiederholt erneuert werden muss. Aber noch in dem capit. Hloth. a. 829 (Petr. L.L. I, 353), § 3: „Quicunque propria uxore derelicta aut sine causa interfecta aliam duxerit armis depositis publicam agat poenitentiam" ist von Nichtigkeit der zweiten Ehe nicht die Rede. Für die älteren fränk. Verhältnisse vgl. man die, allerdings mythische Geschichte von der Frau des thüringer Königs Bisin, die den Mann verlässt u. von Childerich, König der Franken, geehelicht wird (Greg. II, c. 15), namentlich aber die fünf libella repudii bei Rozière I, Nr. CX—CXIV und unter diesen die form. andeg. LVII (M.M. L.L. Formulae I, 24). „.... Ubicumque iocalis meus muliere volueret, licenciam habiat potestatem faciendi; similiter et illa convenit, ut, ubicunque ipsa femena ... sibi marito accipere voluerit licenciam habiat potestatem faciendi und vorher: .. convenit nobis ante bonis hominibus, quod invicem nos relaxare deberemus; quod ita et fecimus", Nach nordgermanischen Rechten war die Ehetrennung nicht weniger leicht: Lehmann, S. 104 f.

[1]) Weinhold, Deutsche Frauen II, 41.

[2]) Interessante Fälle solchen, rechtlich geforderten Schutzes: Nach westländischem Friesenrecht musste der Vater, der seine Tochter wider ihren Willen verheiratet, wenn ihr in Folge dessen ein Leid geschehen, dafür eine Busse zahlen, als hätte er sie mit eigener Hand erschlagen: Weinhold I, 304, vgl. die

Digitized by Google

stand, bevor es Nahrung zu sich genommen, völlig in der Hand seines Vaters. Es blieb auf der Erde liegen, bis er erklärte, ob er es am Leben lassen wolle oder nicht. Im ersteren Falle liess er es vom Boden aufheben, was an gewisse Formen der Adoption: Kniesetzen und Schosssetzen, genupositio bei den Deutschen, an die scandinavische Adoptio per baptismum, am meisten an die, gleichfalls im blossen Aufheben von der Erde bestehende Adoption einiger slavischer Völker erinnert.[1]) Im Falle nun das Kind nicht aufgenommen worden, setzte man es sofort aus oder tödtete es. Das Aufheben von der Erde hatte nicht die Bedeutung der Anerkennung der Vaterschaft seitens des Vaters und konnte auch andere Ursachen haben als Untreue der Frau, z. B. Unmut wegen Geburt allzuvieler Mädchen[2]), wie denn überhaupt Mädchen bei rohen Völkern besonders stark dem Kindermord unterliegen. Ein solches Recht bekundet zwar eine schrankenlose Gewalt des Vaters, zugleich aber äusserste Lockerkeit des Familien- und Liebesbandes zwischen ihm und den Kindern. Die Blutsverwandtschaft genügte nicht zur Herstellung dieses Bandes; die der Eigentumsergreifung, der symbolischen Apprehension, der Adoption gleiche Aufhebung des Kindes, ein nicht natürliches, sondern wesentlich künstliches, allem Anscheine nach vermögensrechtliches Moment, bildet den juristischen Beginn der Kindschaft und der Vaterschaft. Weil dieser vermögensrechtliche Charakter der letzteren erhalten blieb, durfte der Vater seine Kinder statt anderer Busse für seine Vergehen veräussern[3]) oder im Falle der Not in die Sclaverei verkaufen[4]), oder sie als Tribut oder an Zahlungsstatt für unentbehr-

---

Bestimmung des Goslarer Rechtes bei Kraut, Vormundschaft I, 40. 44, wonach von einem Manne, der seine Ehefrau erschlagen, ihr und sein eigenes Kind, sowie in zweiter Linie die Muttermagen des letzteren, Busse fordern sollen.

[1]) Grimm, R. A. 464.

[2]) a. a. O. 455 ff. Vgl. für die Skandinavier Weinhold, Altnord. Leben 260 ff. Bekannt sind die röm. und griech. Analogieen.

[3]) Edda Hymiskwidha Nr. 79. Simrock S. 38.: „Doch hörtet ihr wol ....„ welche Busse er empfing von dem Bergbewohner? .. Den Schaden zu sühnen, gab er der Söhne zwei.“ cf. Waitz, Verf.-Gesch. I[2], 57 f., ferner Lex Baiuv. I, 10: „se ipsum et uxorem et filios tradat ad ecclesiam in servitio“, vgl. Laband, l. c. S. 191.

[4]) Grimm, R. A. 329, 461. Capit. Karls d. Kahlen von 864, Pertz, L. L. I, 498: in den fränk. Capitularien sind noch einige analoge Beispiele enthalten. cf. die angelsächsische Bussordnung, Theod. Capit. Dacheriana (Wasserschleben 155): „Pater filium suum necessitate coactus in servitium sine voluntate filii tradet“ u. Theodor. Poenit. (l. c. 217): „Pater filium suum necessitate coactus potestatem habet tradere in servitium XIV annos, deinde sine voluntate filii licentiam non habet“. In Bezug auf altnorwegisches Recht s. Rive, Vormundschaft I, 48 f.: Der insolvente Vater durfte die Kinder dem Gläubiger an Zahlungsstatt abtreten (so Gulath.

Digitized by Google

liche Nahrung hingeben.[1]) So konnte es kommen, dass sich der Vater, dem fremde Kinder abgetreten wurden, unter Umständen für den rechten Vater derselben ansah, dass z. B. der Castrirte durch Uebergabe von drei Kindern: zwei Söhnen und einer Tochter entschädigt werden sollte[2]) und die lex Alam. (tit. LI) vorschreibt, die vom Entführer mit der entführten Frau eines anderen gezeugten Kinder sollen zum ersten Gemahl des Weibes gehören: Non sint illius qui eos genuit, sed ad illum priorem maritum mundio pertineant. Nicht weniger im Widerspruch mit unseren Anschauungen ist es, dass der Findling vollständig in die Gewalt des Finders überging und die wirklichen Eltern weder die Pflicht, noch auch nur das Recht hatten ihn zurückzunehmen.[3])

Einfache Consequenz der geschilderten Verhältnisse war es, wenn sowol das Eheband, als die Verwandtschaft zwischen Vater und Kind in ältester Zeit minder geachtet und geheiligt waren, als die zwischen Mutter und Kind und zwischen diesen und den Blutsverwandten mütterlicherseits, den Geschwistern, dem Mutterbruder u. s. w. Gervinus, hier gewiss ein classischer, weil ebenso kundiger als unbefangener Zeuge, — vom Mutterrecht in Deutschland konnte er ja keine Ahnung haben — macht die folgende, gewiss interessante Bemerkung[4]): „Durch die sämmtlichen, von diesen Blutvergeltungen bis zur Eintönigkeit überfüllten Dichtungen der älteren Edda geht der unterscheidende Zug, dass die straffgezogenen

---

lög. c. 71). Rives Ansicht I, 209, Note 47, wonach das Recht des Vaters die Kinder zu verkaufen aus römischem Rechte stammt ist sicher nicht haltbar. Noch der Schwabenspiegel c. 357 und Geiler v. Kaisersperg in der Abhandlung wie der Kaufmann sein soll (um 1500!), gestehen dem Vater das Recht zu, bei ehehafter Not das Kind zu verkaufen. Der Mutter dagegen ist es (nach Geiler) nicht erlaubt den Sohn zu verkaufen, sie mag Hunger leiden oder nicht.

[1]) Tac. ann. IV, 72; Jordanes c. XXVI: „Satius deliberant ingenuitatem perire quam vitam, dum misericorditer alendus quis venditur, quam moriturus servatur." — sicher im Geiste der Zeit, wenn auch möglicherweise historisch ungenau.

[2]) Grimm, R. A. 404.

[3]) l. c. 460. — In dem nicht in die Monumenta aufgenommenen capitulare incerti anni „datum in synodo cui interfuit Bonifacius" cca a. DCCXLIV bei Walter Corp. jur. germ. II, 25 findet sich (§ 1) folgende interessante Verordnung: De exposito infante. „Si expositus ante Ecclesiam cuiuscunque fuerit miseratione collectus, contestationis ponat collector epistolam. Et si is qui collectus est, intra decem dies quaesitus agnitusque non fuerit, securus habeat qui collegit. Sane qui post praedictum tempus eius calumniator extiterit, ut homicida damnabitur, sicut Patrum sanxit auctoritas." Wenn das betreffende Capitulare auch unecht ist, würde es sich doch wol der Mühe verlohnen, der Zeit und Quelle seines Ursprungs nachzuforschen.

[4]) Gesch. d. deutsch. Dichtg., 5. Aufl. I, 95 f.

Digitized by Google

Familienbande, die hier die noch mangelnde Staatsbande ersetzen, am heiligsten sind in dem gleichlebigen Geschlechte der Geschwister, dass sie schlaffer wirken in Bezug auf die untergehenden, am schlaffsten in Bezug auf die neuen aufgehenden Familien. Gattenmord und Vatermord sind nicht ungewöhnlich, aber Brudermord kommt nicht vor; des Bruders Leben ist selbst auch der Blutrache der Geschwister entzogen. Dem sterbenden Hreidmar weigern seine Töchter die verlangte Rache an ihrem Bruder Fafnir, der den Vater getödtet, weigern auch dem Bruder Regin ihre Hülfe, der zwar, unter dem Fluch des Schatzes Fafnir nach dem Leben stellt, aber selbst einen anderen zu dem Morde anstiftet; um dagegen die Ermordung ihrer Brüder zu rächen, unterdrücken Signi und Gudrun Ehepflicht und Mutterliebe bis zum Morde von Kindern und Gatten, treten die Geschwister Signi und Sigmund in eine blutschänderische Verbindung, um aus einerlei Blut einen Rachegehülfen zu zeugen. Gudrun lässt sich zur Annahme einer Sühne für den Mord ihres Gatten bewegen, nicht für den Mord ihrer Brüder." — Bachofen schreibt seinerseits in den antiquarischen Briefen[1]), ohne von der angeführten Stelle Kenntniss zu haben: „Hier ist es überzeugend dargetan, um wie viel fester das Geschwisterband, das Blutband, als das Eheband in der germanischen Urzeit gewesen ist. Gudrun ist weit entfernt, an den Brüdern den Tod des, durch ihre Anstiftung erschlagenen Sigurd zu rächen; sterbend spricht dieser zu Gudrun, obwol er die Ursache seines Todes erkennt:

Gräme dich Gudrun so grimmig nicht,
Blutjunge Braut, deine Brüder leben.[2])

. . . . Später heiratet Gudrun Atli Brynhildens Bruder, als dieser jedoch Gudruns Brüder ermorden lässt, rächt sie sich an ihm und erschlägt ihn selbst und die mit ihm gezeugten Kinder . . . . den Brüdern opfert die Schwester alles: „erst die Trauer über Sigurd's Tod, dann den zweiten Gatten, endlich das Muttergefühl." Und Gervinus fährt fort in weiterer Ausführung derselben Gedanken: „Die Walkyre Sigrun verflucht ihren innig geliebten Gatten Helgi, weil er in der Schlacht ihren Bruder erschlagen; dass ihr zweiter Bruder dafür ihren Gatten tödtet, das zu rächen, wie Kriemhild tut, fällt ihr nicht ein. Das Alles liegt in der erhaltenen deutschen Sage

---

[1]) Antiquarische Briefe, vornehmlich zur Kenntniss der ältesten Verwandtschaftsbegriffe. Strassb. 1880. S. 178 f. Vgl. überhaupt die bemerkenswerten Briefe XXI (Bruder u. Schwester in der Chrimhildsage der Nibelungen) S. 169 ff. und XXII (Bruder und Schwester in der Chrimhildsage der Edda) S. 178 ff. [2]) Cf. Der Nibel. Not, Lachm. v. 936—939.

ganz umgekehrt; ein merkwürdiges Mittelglied scheinen die Merowingischen Sagen zu bilden. Der Brudermord, im Norden unerhört, ist in den Geschlechtern der Burgunder und Thüringer wie zu Hause, die dafür aber auch dem Untergange verfallen; das Merowingische Haus, dem sie zum Opfer fallen, ist von Verwandtenmord aller Art befleckt, aber von keinem Brudermord. Den Sigibert († 275), der auf dem Wege dazu war, hält ein tragisches Schicksal auf.[1]) Die beiden Furien, die zwar Fremde, aber durch Heiratsbande den Merowingern einverleibt, durch zwei Geschlechter Greuel auf Greuel in den fränkischen Herrscherfamilien häufen, sind beide, Hrothilde durch einen Brudermord, der an ihrem Vater von ihrem Oheim verübt war, Brunhilde durch die Ermordung ihrer Schwester zu ihrem unersättlichen Rachedurst getrieben. In der deutschen Kriemhildensage machte uns die völlige Umkehr der Tatsachen im Gegensatz zu der nordischen Gudrunsage: dass Kriemhilde in einem Uebermasse von Liebe und Treue den Mord ihres Gatten an ihren Brüdern mit der blutigsten Hartnäckigkeit, nicht wie Gudrun, den Mord ihrer Brüder an dem Gatten rächt, aufmerksam auf das verschiedene sittliche und gesellschaftliche Verhältniss, das hier zu Tage tritt. In der nordischen Sage wirkt die verwandtschaftliche Treue in dem engsten Familienbande der Geschwister, wie nach einem blinden, unverbrüchlichen Naturgesetz, das zu einem allzwingenden Brauche geworden ist . . . . in der deutschen Sage greift die Treue über den engsten Familienkreis hinaus; sie wird, auch wo sie im Ehe- und Lehensband, zwischen Herr und Diener, Pfleger und Pflegling vorkommt, besungen und bildet den Uebergang zu Ritter- und zu Christentum.“ Ein merkwürdiges Beispiel der von Gervinus geschilderten Wandlung und Scheidung zwischen der alten und der neuen Zeit enthält die Völsungasage (c. 8). Siggeir ermordet den Vater und alle Brüder seiner Gemahlin Signy, bis auf Sigmund, und letztere setzt nun alles ein, damit dieser die Blutrache vollziehe. „Als dies endlich gelingt und König Siggeirs Halle in Flammen steht, weist sie die Bitte ihres Bruders, hinauszugehen, ab, küsst ihn noch einmal und geht in das brennende Haus, um ihrer Pflicht als Gattin zu genügen und mitzusterben, nachdem sie getan, was sie als Tochter tun musste“.[2])

Entsprechend dem hohen Alter der Eddasagen wird auch in

[1]) Auch Theodorich Chlodwigs Sohn stellte dem Leben seines Bruders (Chlotar) nach. Greg. Hist. Fr. IV, 4. Chavao, Graf der Bretagne tödtet drei seiner Brüder. Von einem Brudermord im alten Dänemark Saxo Hist. Dan. (Ausg. v. 1644) S. 27: Der König Frotho hinterlässt drei Söhne, deren jüngster Haldan seine Brüder erschlägt. [2]) Weinhold, Altnord. Leben 253.

Digitized by Google

anderen Liedern der Edda nicht Vater- und nicht Gattenmord, sondern Brudermord als grösstes Verbrechen gebrandmarkt, so z. B. Oegisdrecka Str. 17[1]):

> Schweig Idun! Von allen Frauen
> Mein ich dich die Männertollste:
> Du legtest die Arme, die leuchtenden gleich
> Um den Mörder eines Bruders.

ferner Fafnismal Str. 36[2]):

> So klug ist nicht der Kampfesbaum,
> Wie ich den Heerweiser hätte gewähnt,
> Lässt er den einen Bruder ledig
> Und hat den andern umgebracht.

und Hawamal Str. 87[3]):

> Dem Mörder deines (seines) Bruders, wie breit wäre die Strasse
> . . . . Dem . . soll Niemand voreilig trauen.

Der Umstand, dass hier wiederholt gerade von Brudermördern die Rede ist, beweist übrigens, dass Brudermord im Norden, wenn auch selten, doch nicht durchaus unerhört war. Die Edda selbst berichtet, wie Gudruns Söhne Sörl und Hamdir ihren Bruder Erp erschlagen. Dieses vereinzelte Beispiel vermag jedoch nicht den von Gervinus und Bachofen so trefflich gekennzeichneten Charakter der Zeit zu verwischen, der mit dem Mutterrecht offenbar im Einklang, wahrscheinlich im Zusammenhang steht. In historischer Zeit ging er einem ebenso frühen als raschen Verfalle entgegen und schon die Leges barbarorum mussten gegen Bruder- und sonstigen Verwandtenmord vorsorgen. Bedeutsam ist es, dass gerade diese Vorschriften zu den wenigen römischrechtlichen, unter dem Einfluss der Kirche recipirten der deutschen Volksrechte gehören, dass also ein älteres, die nämlichen Fälle betreffendes Gewohnheitsrecht entweder gar nicht bestanden hatte oder mit den kirchlichen Grundsätzen im Widerspruch stand. Aber auch jene Vorschriften können den germanischen Einfluss nicht völlig verleugnen. Einige, namentlich ältere (auch die der Capitularien sind mit in Betracht zu ziehen), zeichnen sich durch eine gewisse Bevorzugung des Mutterbruders aus, indem sie denselben unter den speciell namhaft gemachten und geschützten Personen, unmittelbar nach Vater und Bruder erwähnen. Man kann nicht umhin dabei an die Ausnahmsstellung des taciteischen avunculus zu denken. So Lex Alam. Hloth. XL; von Capitularien die Capit. Miss. gen. a. 802 inito. § 37[4]), wo der avunculus vor dem patruus und das Cap. Kar. M. (803—813?) § 3[5]), wo nur pater, mater, avunculus und nepos genannt werden.

---

[1]) Simrock S. 83. [2]) l. c. 201. [3]) l. c. 53.
[4]) M. M. L. L. Sectio II (ed. Boretius) p. 98. [5]) l. c. p. 143.

Das Capit. De rebus exercital. 811 § 10[1]) nennt nur mater, matertera, patruelis, aber darin liegt bei der den Schwertmagen günstigen Zeitrichtung nichts auffallendes. Auch der gegen Incest gerichtete Titel XIII § 11 der Cod. 6 u. 5 Leg. Sal. (Kern Spalte 77), welcher in Cod. 10 Sp. 79 und in der Lex emendata (l. c. Sp. 80) beibehalten erscheint, führt nur die Frau des Bruders und des avunculus an. Allerdings muss hiebei vorausgesetzt werden, dass die citirten Quellen unter avunculus überall den Bruder der Mutter verstehen, was mindestens für die Capitularien kaum bezweifelt werden kann. Ein ungewöhnlich inniges Verhältniss zwischen Neffen und Mutterbruder tritt übrigens auch in anderen ältesten Denkmälern des germanischen Volkstums hervor. Nach der Sigurdarkwida Str. 26, 27 sagt der sterbende Sigurd zu Gudrun:

„Einen Erben hab ich, allzujungen
Fern zu fliehn aus der Feinde Haus.
Die Helden haben unheimlichen, schwarzen
Neumondsrath nächtlich erdacht.

Ihnen zeltet schwerlich nun, und zeugtest du sieben
Solch ein Schwestersohn zum Thing.“[2])

. . . .

Einerseits tritt hierin freilich ein exceptionelles feindliches Verhältniss an den Tag, andererseits aber schreiben die letzten Zeilen gerade dem Schwestersohn eine regelmässige öffentliche Function neben den Oheimen zu. Die gewöhnliche Festigkeit dieses Familienbandes äussert sich in der herzlichen Freundschaft zwischen Sigurd und Gripir, dem weisen Bruder seiner Mutter.[3]) In den deutschen Nibelungen finden sich analoge Beispiele. König Etzel tafelt mit seinen Gästen, den Brüdern Chrimhild's und redet zu ihnen wie folgt[4]):

„nu sehet, vriunde mîne, daz ist mîn einic sun,
und ouch iwerre swester: daz mag iu allen wesen frun.

1852. Gevâht er nâch dem künne, er wirt ein küene man,
rîch und vil edele, starc unde wol getân.
lebe ich deheine wîle, ich gib im zwelf lant:
sô mag iu wol gedienen des jungen Ortliebes hant.

1853. Dar umbe bite ich gerne iuch, lieben vriunt mîn,
swen ir ze lande rîtet wider an den Rîn,
sô sult ir mit iu füeren iwer swester suon,
und sult ouch an dem kinde vil genaediclîchen tuon.

[1]) l. c. p. 165. [2]) Simrock, Edda 216. [3]) a. a. O. Gripispa S. 180.
[4]) Der Nibelunge Not. ed. Lachmann. Auch angeführt bei Waitz, Verfassungsgesch. I[2] Seite 67 f. Note.

Digitized by Google

1854. Und ziehet iu ze êren, unz er werde man.
hât iu in den landen iemen iht getân,
daz hilfet er iu rechen, gewahset im sîn lip."

. . . .

Nicht weniger charakteristisch betont das, im 10. Jahrh. entstandene Lied von Walthari und Hildegund die Liebe zwischen Oheim und Neffen und die sie verbindende Rachepflicht.[1]) Walthari wird von zwölf burgundischen Helden angegriffen und besteht mit jedem derselben einen Einzelkampf:

„Sextus erat Patavridus, soror hunc germana Haganonis
Protulit ad lucem, quem cum procedere vidit
Vocibus et precibus conatus avunculus inde
Flectere, proclamans, quonam ruis? aspice mortem
Qualiter arridet! desiste, en ultima Parcae
Fila legunt, o care nepos, te mens tua fallit.
Desine! Waltharii tu denique viribus impar . . . .
. . . Ecce ego dilectum nequeo revocare nepotem! . . .
Heu mihi, care nepos matri quid perdite mandas?
Quis nuper ductam refovebit, care, maritam,
Cui nec raptae spei pueri ludicra dedisti?
Sic ait et gremium lacrimis conspersit obortis
Et longum, formose vale! singultibus edit" . . . .

Patafried fällt wirklich. Darauf rüstet Hagen selbst zum Kampf und wirft Walthari vor, so viele Genossen und Anverwandte Hagens getödtet zu haben:

„Cetera fors tulerim, si vel dolor unus abesset:
Unice enim carum, rutilum, blandum pretiosum
Carpsisti florem mucronis falce tenellum,
Hac res est pactum qua irritasti prior almum.
Idcirco gazam capio pro foedere nullam.
Sitne tibi soli virtus, volo discere in armis,
Deque tuis manibus caedem perquiro nepotis."

Auch noch in späteren sagenhaften und historischen Gedichten des Mittelalters wird das nämliche Verwandtschaftsband nachdrücklich hervorgehoben. Bedenkt man wie lange oft Volksanschauung, Sitte und Brauch die Ordnungen des Rechtes überdauern, wie zahlreich die, nicht selten die unwichtigsten Dinge umfassenden (besonders von Tylor nachgewiesenen) Überlebsel der Urzeit noch heutzutage sind, so wird man eine gewisse Wahrscheinlichkeit für den Zusammenhang der folgenden Belege mit dem Familienrecht der Urzeit nicht leugnen. Das ziemlich späte, doch an altertümlichen Zügen nicht arme Lied von Ortnits Brautfahrt berichtet:

---

[1]) Waltharius, herausg. v. Grimm in J. Grimms und Schmellers lat. Ged. des 10. u. 11. Jahrh., S. 31, 32. vers. 846—852, 868, 872—876, 1270—1276.

„Da sprach der Lamparter: Ich bin dein Schwesterkind,
Da unter meiner Fahne die Fürsten alle sind,
So wähl' ich dich zum Vater, du bist der Oheim mein:
Das Heer und auch dich selber befehl ich der Treue dein." [1])

und auch in Ottokars Chronik (Erste Hälfte d. 14. Jahrh.) ist nach Wackernagel vom Schwestersohn die Rede [2]):

„Do der von Luczelburg cham
Auf daz Veld und vernam
Wer mit ym wolt streiten;
Do sach er sein do peiten
Von den Perigen seinen nagsten Mag.
Daz waz seins Herczen-chlag,
We hewt und ymer, sprach der Fruet,
Sol Ich mein Verich und mein Plut
Auf den Tod hie bestan?
Ob Ich das vererrt,
So wer Ich ungeert
Hinfür ymermer.
Vil pald tet er cher
Hin an den von Prabant.
Nu hielt auf dem Sant
Von den Perigen der vnverczait,
Dem wart da gesait,
Darczu und erz selb sach,
Daz sein Oehaim versprach
Der von Luczelburg an den Zeiten,
Er wolt mit ym nicht streiten.
Daz waz wol auch sein Will,
Er hielt mit seiner Schar still
So lang, unczt daz geswant
Der Chraft dem von Prabant". . . . . .

Auch in den Historikern älterer Zeit fehlt es nicht an correspondirenden Zügen, obwol dieselben von geringerem Werte sind, da in der Regel nicht nachweisbar ist, ob nicht nähere oder gleich nahe Schwertmagen mangelten.

Gregor von Tours meldet die Geschichte eines gewissen Nanthin, welcher sich um die Grafschaft von Angoulême aus dem Grunde bewirbt, um die Anstifter der Ermordung seines Mutterbruders, des Bischofs Marachar, leichter entdecken und bestrafen zu können, und nachdem er das Amt erhalten, den Bischof der Stadt der Untat zeiht und argen Verfolgungen aussetzt. — Der Neffe hat also den Oheim, wie der Oheim den Neffen zu rächen. Der Oheim wird ferner als Vormund und Reichsverweser für den Schwestersohn ge-

---

[1]) Simrock, das kleine Heldenbuch 1859. S. 381.

[2]) Walthari und Ottokar citirt bei Wackernagel l. c. Ottokar s. bei Pez S. S. rer. Austr. c. CXXXIII.

by Google

nannt[1]), er sorgt für die Verheiratung der Schwestertochter[2]), nach skandinavischen Sagen flieht der Verfolgte zum Mutterbruder[3]), dem Schwesterkind wird mit Vorliebe des letzteren Name gegeben[4]), ihm wird es zur Erziehung anvertraut[5]), nicht selten folgt es ihm in Ämtern und Würden[6]); auch erwähnen Sage und Geschichte mitunter, jemand sei dieses oder jenes Mannes Schwestersohn gewesen[7]), was heutzutage mindestens seltsam erschiene. Die Rechtsentwicklung hatte das Mutterrecht in vielfacher Beziehung überholt, aber in Sitte und Sinn des Volkes waren doch mancherlei unmissverständliche Spuren desselben zurückgeblieben. Directe, uns fremdartige Hervorhebung der Stammmutter lässt sich, insbesondere in Sagen nachweisen, man legt mitunter auf den mütterlichen Namen das vornehmste Gewicht und vernachlässigt dabei vollständig den Namen des Vaters.

An der Spitze des mythischen longobardischen Königsstammbaumes steht ein Weib: Gambara, welche mit ihren zwei Söhnen

---

[1]) Theodorich d. Gr. ordnet und überwacht die Vormundschaft über den westgothischen Amalarich; vgl. Scrpta Hist. Isl. Ol. Trygves. I, p. 2: Haraldus patre mortuo regiam dignitatem accepit, annorum decem. Guthormus avunculus ejus fuit praefectus aulicorum, totiusque regni administrationi praefuit.

[2]) Theodor. d. Gr. verheiratet Amalberga an Hermanfried von Thüringen.

[3]) Zu Olav Trygvesons Zeit flüchtet Ottar mit seinem Bruder vor Feinden zum Mutterbruder, der sie freudig begrüsst und durch acht Jahre beherbergt, Scrpta Hist. Isl. II, p. 3 c. 151; Kjartan flieht gleichfalls zum Oheim und wird ebenso freundlich empfangen l. c. p. 23, c. 159.

[4]) Ein Sohn Olaw Trygves. und Thyrias nach dem mütterlichen Grossvater benannt, der zweite nach dem Mutterbruder l. c. II, p. 6 c. 152. Ein anderes Beispiel l. c. p. 18, c. 156.

[5]) Olaus der Heil. sendet seinen Sohn zu Verwandten seiner Frau, obwol er diese durch Gewalt geehelicht. Hist. Olavi Sti l. c. IV, p. 171 c. 84. „Auch das uralte Band zwischen Neffen und Oheim zeigt sich hier" sagt Weinhold (Altnord. Leben 285), denn die Kinder wurden gerade bei den mütterlichen Verwandten häufig untergebracht." Olafss. helga c. 1. Egilss. c. 65. Gislas. Sursson S. 5.

[6]) Amira, Erbenfolge S. 8: „Auf das Erbrecht zwischen Mutterbruder und Neffen scheint sogar bei Übertragung von Ämtern, z. B. des Comitats tatsächlich Rücksicht genommen worden zu sein (s. Gregor. Turon. hist. V, 37)." Tacitus ann. XII, 29, 30 zufolge übernahmen nach Vannius, König der Sueben, zwei Schwestersöhne die Regierung.

[7]) „Thorvaldus Vigaglumi ex sorore nepos. Scrpta Hist. Isl. II, 133 c. 200. Asgrinus Gizunis, Gizunis ex sorore nepos l. c. p. 219 c. 228. Ähnlich Jordanes c. XLV: „... Marcellini quondam patricii sororis filius ... c. L: Cujus Candacis patris mei genitor . . . notarius fuit, eiusque germanae filius Gunthigis . . . filius Andagis, filii Andalae, de prosabia Amalorum discedens."

die Herrschaft des Volkes inne hatte. Wie der Vater Ybors und Agios geheissen, wird nirgends berichtet.[1])

Im deutschen Nibelungenliede werden die drei burgundischen Könige wiederholt Uotens Kinder geheissen:

„der junge sun vroun Uoten zuo de strite spranc[2]) ....
Ob ir nu niemen lebte, wan din Uoten kint"[3]) ....

u. s. w. niemals nach dem Vater. Auch da, wo die Väter genannt und bekannt waren, rief man die Söhne häufig nach der Mutter.[4])

In den Nibelungen sagt Chrimhild zu den Brüdern:

XX 204: Welt ir mir Hagen einen ze einem gisel geben,
sone wil ich niht versprechen ichen welle iuch läzen leben:
wan ir sit mine brüeder unde einer muoter kint:
sô red ichz nâch der suone mit disen helden die hie sint."[5])

Erst der Umstand, dass die Geschwister „einer Mutter Kind" waren, gab ihrem Blutband seine ganze Heiligkeit. Das Übergewicht der mütterlichen Verwandtschaft bezeugt ferner die Edda Harbardslied Str. 4, 5[6]):

---

[1]) M.M. Germ. SS. rer. Langob. p. 2: Origo gentis Langobardorum cf. Hist. Langob. Codic. Gothani l. c. p. 7.

[2]) Lachmann, Lied XVIII, Str. 1907. [3]) l. c. XX, 2037.

[4]) Ol. Trygves. I, c. 115 p. 262: „Flokius Vigerdae filius nomen erat piratae celebri. — l. c. I, p. 21 c. 157: Thordus filius Glumi Garii filii: is a matre quae Glumo superviverit denominatus est, et Thordus Ingunnae filius appellatus; — Sveinus filius Knuti regis, dictus Sveinus Alfifae filius l. c. III, 56. — Mortuo Hakone filii Eiriki regnum Norwegiae gubernandum suscepere . . Mater eorum Gunhilda, quae tunc regum genitrix appellata est, plurimis in rebus imperium cum eis participat: I, 57. Ihre Söhne werden filii Gunhildae genannt so: Sigurdus Sleva filius Gunh. l. c. III, S. 87. Freilich ward damals nur ausnahmsweise nach der Mutter benannt, namentlich wenn der Vater frühzeitig gestorben war. Weinh., Altn. Leben 278. Bemerkenswert die Bezeichnung: „virgo in materna domo" im Bericht des Bonifacius über die Sachsen: Wilda, Strafr. S. 811 und dass der Ausdruck Mutterland, wenn man Clement (Lex Sal. 1879 S. 241) glauben darf, weit älter ist als „Vaterland." Auf die Namengebung des Kindes räumte man der Mutter massgebenden Einfluss ein. Olaus d. Heil. zeugt mit der Kebse Edla einen Sohn: „festo Jacobi natum, qui, cum aqua lustraretur, mater ei nomen dedit Jacobi" und Gregor v. Tours (Hist. Fr. II, c. 29) erzählt, wie Chlodehild, Gemalin Chlodowechs, wider seinen Wunsch, wenn auch mit seinem Wissen, ihren Sohn taufen liess. Als dieser starb, schrieb Chlodowech dies der Taufe und dem Zorn der alten Götter zu. Trotzdem wurde auch der zweite Sohn nach dem Willen der Mutter getauft und Chlodomir genannt. Vgl. Weinhold, Altn. Leben 262, 276. Das. 285: „In der ersten Lebenszeit ward das Kind als besondres Eigentum der Mutter betrachtet. Teilten auf Island Eheleute ihre Kinder bei erschwerter Ernärung, so fiel der Frau unbedingt das zu, was unter einem Jahre ist oder noch an der Brust trinkt. Werden die Kinder älter so kann eine neue Teilung erfolgen.

[5]) Vgl. Bachofen, Antiq. Briefe S. 169 ff. spec. 175. [6]) Simrock S. 66.

Harbard. Allzuvorlaut rühmst du dein Frühmal;
Du weist das Weitre nicht:
Traurig ist dein Hauswesen, todt wird deine Mutter sein.
Thôr. Das sagst du mir nun, was das Herbste scheinen muss
Jedem Manne, dass meine Mutter todt sei.“

Im vollen Gegensatz zur Häufigkeit des Vatermordes ist daher auch Muttermord den ältesten Denkmälern unerhört.

Wenn Tacitus von den Germanen berichtet[1]: „. . . quam (captivitatem) longe impatientius feminarum suarum nomine timent: adeo, ut efficacius obligentur animi civitatum, quibus inter obsides puellae quoque nobiles imperantur“ so mag sich darin gerechte Sorge um die künftigen Familienmütter wiederspiegeln, denn in jenem Zeitraum wird jeder nach seiner Bedeutung für die Familie beurteilt. Das isolirte Individuum ist nichts, die Familie Alles.

Fassen wir das Ergebniss des Capitels zusammen. Wo eine althergebrachte agnatische Familienordnung, eine Stammfolge der Kinder nach dem Vater eingewurzelt ist, sorgen die Väter vor Allem anderen darum, selbst Erzeuger der Kinder ihrer Ehefrauen zu sein. Bei den alten Deutschen war das Gegenteil der Fall. Eine Reihe verschiedener Ursachen wirkten nebeneinander, die eine hochgradige Gleichgültigkeit gegen die Vaterschaft eines Kindes bekunden. Dem Gaste wird die Frau zugesellt, sie kann unter Umständen verkauft oder verschenkt werden; von einem andern erzeugte Kinder der Frau werden als eigene angesehen, und zahlreiche Ehen geschlossen, welche entweder Unsicherheit der Vaterschaft oder Sicherheit einer fremden Vaterschaft nach sich ziehen mussten. Leichte Ehetrennung und Wiederverehelichung, sofortige Heirat der Wittwe nach dem Tode des Mannes gehörten zu den nothwendigen alltäglichen Ursachen des bezeichneten Zustands. Das Verhältniss zwischen Mann und Frau war, so wie das zwischen Vater und Kindern das eines Eigentümers zur Sache, nicht das zwischen Gatten resp. Blutsverwandten in unserem Sinn. Während bei agnatischer Familienverfassung die Ehe Grundlage jedes Familienverhältnisses und Rechtes ist und als solche das festeste, heiligste, unerschütterlichste Band in der Familie, fester als das zwischen Geschwistern, inniger als irgend ein anderes, ist das Eheband bei den Germanen im Vergleich zum Geschwisterband locker, wie es bei herrschendem Mutterrecht locker sein musste. Die Blutrachepflicht unter Geschwistern ist strenger, als die unter Ehegatten und wo beide in Collision geraten, bleibt die erstere siegreich.

Während bei der männlichen Geschlechtsfolge im Mittelalter die

[1]) Germ. 8.

Tendenz vorwaltet die Schwertmagen in rechtlicher Hinsicht zu bevorzugen, ist in den altertümlichsten germanischen Quellen Bevorzugung von Spillmagen, namentlich des Mutterbruders sowie der Mutter selbst auffallend häufig, sie nehmen eine Stellung ein, die bei bestehendem oder rudimentärem Mutterrecht normal, aber bei ursprünglicher Agnation unerklärlich wäre. Die Stelle des Tacitus über Mutterbruder und Schwestersohn erhält dadurch das entsprechende Relief. Beim Mutterrecht ist der erstere Familienoberhaupt und auch in den citirten Quellen spielt er nicht selten die hervorragende Rolle eines solchen.

Viertes Capitel.

Das Mutterrecht in der Lex Salica und im germanischen Erbrecht.

Wenn wir es noch einmal wagen die viel besprochenen und ausgenützten erbrechtlichen Bestimmungen der Volksrechte zu behandeln, so geschieht dies nicht um die darin etwa enthaltene systematische Erbenfolge nachzuweisen. Die gegen Siegel, Wasserschleben, Rive und Amira gekehrte Kritik von Lewis hat die Erfolglosigkeit solcher Versuche zur Genüge dargetan. Das eigentümliche dabei ist, dass jeder der letztgenannten drei Forscher, sowie auch Rosin (in seiner Dissertation über den Titel leg. Sal. „De alodis") in den Fehler verfallen ist die Texte in Übereinstimmung mit der von ihm verfochtenen Erbenfolge zu ergänzen, die angeblichen Lücken derselben in willkürlicher Weise ausfüllend. Die Incongruenz der auf diesem Wege erzielten Ergebnisse beweist am sichersten die Unzulässigkeit des Verfahrens. Warum hat Amira nicht selbst den Grundsatz angewendet, dem er so energischen und glücklichen Ausdruck verleiht[1]): „Meines Erachtens", sagt Amira, „ist es aber auch durchaus unzulässig darum, weil die Volksrechte häufig im Ausdruck unerschöpfend und lückenhaft sind, nun auch beim Auslegen einer jeden einzelnen Stelle von der Voraussetzung ungenauer Redeweise auszugehen. Zu diesem Auskunftsmittel darf erst gegriffen werden, wenn der Gesetzestext auf anderem Wege keine Erklärung ermöglicht, oder wenn geschichtliche Belege zur Annahme einer unerschöpfenden Wortfassung drängen" . . . und einige Seiten weiter: . . . „Mit Pardessus glaube ich allerdings, dass eine vorsichtige Auslegung die Verschiedenheit der Angaben eher durch eine fortschreitende Änderung des materiellen Rechtes, als durch Annahme von Willkürlichkeiten und Fehlern der Ab-

[1]) Erbenfolge und Verwandtschaftsgliederung S. 4 u. 7.

Digitized by Google

schreiber zu erklären suchen wird." Unter strenger Beobachtung dieser Regeln gelangt man zu andern Resultaten als Amira.

Wollen wir das altgermanische Recht erforschen, so drängt sich zunächst die folgende Betrachtung auf: Die Titel „De alodis" des salischen[1]), ribuarischen, thüringischen Rechtes enthalten sämmtlich Bestimmungen über die Succession in den Grundbesitz. Dieselben können nicht altgermanischen Ursprungs sein, sie sind relativ neu, weil bei den alten Germanen kein privater Grundbesitz existirt hat. Grade diese Paragraphen stehen in einem gewissen Gegensatz zum Rest der genannten Titel; sie begünstigen nämlich die Männer und das Geschlecht des Vaters: die Agnaten, während die übrigen, die Erbfolge in Mobilien betreffenden Bestimmungen zwar als nächste Erben die Kinder hinstellen aber in der weiteren Erbenreihe in auffallender Übereinstimmung die Verwandten durch die Mutter allein bevorzugen. In welchem Grade dies geschieht zeigt die folgende vergleichende Tabelle:

	Lex Salica					Lex Ribuar.	Lex Salica emend.	Gundob.	Lex Thur. Erbfolge nach einem Mann.	Lex Thur. Erbfolge nach einem Weib.
	Cod. 1	Cod. 2	Cod. 3	Cod. 4	Cod. 5—10					
Sohn . . . . . . }	filii	filii	filii	filii	filii	liberi	filii	+}	+	+
Tochter . . . . . }								+}	+	+
Vater					+}	+}	+}			
Mutter	+	+	+	+	+}	+}	+}		+ [2]	
Vater										
Bruder	+}	+	+}	+}	+}	+}	+}			
Schwester . . .	+}		+}	+}	+}	+}	+}	+	+ [1]	+
Bruder								+		
Vaterschwester							+			
Mutterschwester	+	+	+	+	+	+}	+			
Vaterschwester		+			+	+}				
Vaterbruder . .										
Mutterbruder .						+} [2]				
Vaterbruder . .						+}				

Die in den Volksrechten genannten Personen sind hier mit einem + bezeichnet. Die männlichen Verwandten sind zweimal angeführt, um andeuten zu können, ob sie in der lex vor oder nach den weiblichen Verwandten gleichen Grades genannt sind. Nennt ein Volksrecht zwei Verwandte conjunctiv z. B. pater et (aut) mater, so ist dies durch das Zeichen } kenntlich gemacht, dessen Stellung zugleich anzeigt ob der männliche Verwandte vor dem weiblichen genannt ist oder umgekehrt. Sind zwei Verwandte nacheinander derart angeführt, dass der erste, wenn er lebt den andern von der Succession ausschliesst, so ist das } hinweggelassen.

[1]) Den Ausführungen über die Lex Sal. liegt die Ausg. von Hessels und Kern zu Grunde. Der Titel De alodis das. Sp. 379—387.

Der Pactus leg. Sal. (Codd. 1—4) nennt nicht nur die Mutter allein mit Übergehung des Vaters, sondern auch die Mutterschwester mit Übergehung der Vaterschwester. Nur nach Cod. 2 folgt auch die Vaterschwester, aber ausdrücklich nur, wenn keine Mutterschwester vorhanden. Ebenso Codd. 5—10. Die Verfasser der Lex Rib., deren zweiter, den Titel de alodis umfassender Bestandteil eine blosse Überarbeitung, eine Art Neuausgabe der Lex Salica sein soll, haben es nicht für notwendig befunden die angeblich ausgelassenen männlichen Verwandten einzuschalten. Sie beruft gleich den Texten 5—10 der Lex Sal. die Vaterschwester und zwar conjunctiv mit der Mutterschwester, wenn auch erst nach dieser. Noch einen Schritt weiter in derselben Richtung geht die Lex Sal. emendata. Sie beruft die Vaterschwester vor der Mutterschwester, so dass diese durch jene ausgeschlossen erscheint: hier besteht also das umgekehrte Verhältniss der älteren Fassungen der lex Salica. Ein Entwicklungsgang darin ist unverkennbar: von der ausschliesslichen Berücksichtigung der Mutterschwester schreitet das Recht zur Berücksichtigung der Vaterschwester unter Ausschluss der Mutterschwester.[1]) Amira hat durch den Satz: „Gewiss ist nun durch die Lex Rib., dass gegen Ende des sechsten Jahrhunderts die Gleichstellung der Vatergeschwister mit den Muttergeschwistern vollzogen war“ die ursprüngliche Bevorzugung der letzteren im fränkischen Recht unwillkürlich zugegeben.

Auch die Gundobada bevorzugt die weiblichen Verwandten, namentlich die Schwester vor dem Bruder. Nach Titel XIV, 2 fällt das Erbe nach dem kinderlos Verstorbenen: „ad sororem vel propinquos parentes.“ [2]) Die lex Thuringorum lässt in erster Linie gleichfalls die Schwester des Erblassers, nach dieser seine Mutter folgen, erwähnt aber weder den Bruder noch den Vater. Soll nun auch hier, in Gesetzen die vom salischen nicht abgeleitet sind — die erbrechtlichen Bestimmungen der Lex Angl. et Werin. differiren entschieden von den salfränkischen — ein willkürliches Hinweglassen der männlichen Verwandten stattgefunden haben?

Hätte die Lex Salica nur exemplificiren wollen, aus welchem Grunde hätte sie gerade die Mutterschwester dazu gewählt. Der späteren Rechtsanschauung zufolge hätten doch eher Männer als Weiber diesem Zweck entsprochen. — Für eine neu eingeführte, gewohnheitswidrige Erbberechtigung der Mutterschwester, oder gar

---

[1]) Es äussert sich darin ein bewusstes Anschmiegen der späteren Texte an geltendes, wahrscheinlich neueres Recht.

[2]) M.M. L.L. III, p. 538, vgl. Titel LI, § 5.

der Weiber überhaupt[1]), besteht doch gar kein Anhaltspunkt, auch aus diesem Grund ist die Hervorhebung der ersteren im Titel De alodis nicht zu erklären. Die ausdrückliche Ausschliessung der Vaterschwester durch die Mutterschwester in Cod. 2 und 5—10 erscheint gleichfalls um so weniger als Zufall, als auch die Lex Riboar., dieselben Verwandten zwar conjunctiv, aber doch die Mutterschwester vor der Vaterschwester, sowie nach einigen Handschriften den Mutterbruder vor dem Vaterbruder namhaft macht.[2])

Die Hinweglassung des Vaters im Pactus leg. Sal. soll sich nach Waitz daraus erklären, dass der Sohn kein Vermögen hinterlassen konnte, so lange der Vater lebte. Dem entgegen hat Rosin bemerkt, aus dem Titel „de Chrenecruda“ („Quod si jam pater et fratres solserunt“) gehe die Unrichtigkeit dieser Ansicht hervor. Da aber die Codd. 3 u. 4, 5 u. 6 an derselben Stelle mater et frater schreiben, kann die Frage auf diesem Wege nicht entschieden werden. Nur das eine ist hervorzuheben, dass nicht recht abzusehen ist, weshalb ein wehrhaft gemachter selbständiger Mann nicht hätte bewegliches Vermögen erringen können. Collectiveigentum der Familie an Mobilien ist, obwol Testamente den Germanen fremd waren, dennoch aus den Quellen nicht wahrscheinlich zu machen. Übrigens spricht lex Sal. C (Hessels) sowie das ribuarische Recht (LIX, 9) von der Aussteuer des emancipirten Sohnes durch den Vater, was mit der Constituirung eines Sondervermögens für den ersteren identisch ist. Die Übergehung des Vaters im Titel De alodis kann daher nicht auf dem von Waitz angeführten Grund beruhen. Sie wiederholt sich in der lex Angl. et Wer. und zwar so, dass die Schwester des Erblassers vor seiner Mutter berufen wird.

Amira suchte die Schwierigkeiten durch die Annahme zu lösen, die Volksrechte hätten nur das Erbrecht der Weiber darstellen wollen, allein auch das ist unmöglich, da sonst weder Bruder noch Sohn als Erben erwähnt worden wären.[3])

Nach alledem wird man gut tun zur unbefangenen Beurteilung der fraglichen Stellen auf das zurückzugreifen, was Waitz darüber gesagt hat.[4]) „Fehlen aber Kinder“ bemerkt Waitz „so folgt nach dem alten Text die Mutter, nur die Mutter, nicht auch der Vater.

[1]) Weder nach deutschen noch nordischen Quellen waren die Weiber je unfähig Vermögen zu haben. Für das nord. Recht s. Rive, Gesch. der Vormundsch. I, 83: „Die ältesten uns überlieferten Rechtsquellen zeigen die Weiber in vollem Besitz ungeschmälerter Eigentumsrechte.“

[2]) Walter, corp. jur. germ. I, 179.

[3]) Vgl. Lewis, Krit. Vierteljahrsschr. XVII, S. 403.

[4]) Das alte Recht der sal. Franken S. 108.

Man hat gemeint, der Vater habe sich von selbst verstanden, dagegen sei die Zulassung der Mutter zum Erbe ein neues gewesen und eben deshalb hier hervorgehoben worden. Allein so verfährt das Gesetz in der Tat nirgends und sollte der Vater folgen können, so müsste er genannt sein, wie denn auch alle späteren Texte ihn hinzufügen." Ebenso entschieden lehnt Waitz die willkürliche Einschiebung des Mutter- und Vaterbruders sowie der Vaterschwester vor die Mutterschwester ab. „Ich wenigstens ziehe vor bei den Worten des Gesetzes zu bleiben. Wie die alten Deutschen das Verhältniss zum Mutterbruder für den Jüngling als ein besonders enges und heiliges ansahen, so mochten besondere Gründe bei den Saliern obwalten der Mutterschwester einen Vorrang vor andern Verwandten zu geben."

Dem trat nun freilich Rosin in der genannten Dissertation mit strenger Kritik entgegen: „. . . quae sententia in nullis plane argumentis est posita . . . nec . . historico juris progressui satis respondet, quum priore tempore patris, posteriore matris cognatos apud Germanicas gentes ad hereditatem esse vocatos veri sit similius." Da nun aber die vergleichende Ethnographie erwiesen hat, dass der „historicus juris progressus" in ältester Zeit gradezu umgekehrt war, als Rosin annimmt, dass nämlich ursprünglich nur Verwandte durch die Mutter als Verwandte galten, so ist es geboten, das historische Argument auch auf unsern Fall in diesem Sinne anzuwenden. Ursprünglich war danach die Mutter vor dem Vater erbrechtlich bevorzugt, soweit es sich um Mobilien handelt.

Zeugniss davon gibt nicht nur das älteste salische, sondern auch das davon unabhängige thüringische Erbrecht. Ebenso war nach burgundischem und thüringischem Recht die Schwester vor dem Bruder bevorzugt. Nach Mutterrecht ist zwar der Bruder dem Bruder gleich nahe verwandt wie die Schwester (daher wol der letzteren in der Lex Sal. erbrechtlich gleichgestellt), aber nur die Schwester konnte ursprünglich die Familie fortsetzen und das Vermögen in ihr erhalten. Die Hintansetzung der Mutter gegen die Schwester im thüringischen Recht mag eine Massregel zu Gunsten der Schwesterkinder gewesen sein, welche ja als besonders nahe Verwandte ihres Oheims angesehen wurden. Die Mutterschwester war nach der Mutter die nächste weibliche Verwandte, darum erbte sie nach fränkischem Recht unmittelbar nach den Geschwistern, unter Ausschliessung der Vaterschwester. Amira und die übrigen Interpretatoren mochten eine solche Ordnung für unerhört halten und sich genötigt finden andere, zum Teil willkürliche Erklärungsversuche zu unternehmen. Jetzt wissen wir aber, dass es viele derartige

Erbfolgeordnungen bei andern Völkern gegeben hat und erinnern an die mannigfachen, in der Einleitung beschriebenen Übergangsformen des Erbrechts aus der Zeit der allmäligen Umwandlung des Mutterrechts in das agnatische System. In solchen Perioden fällt das Erbe an die Verwandten des Verstorbenen durch die Mutter und dann erst auf seinen Sohn, oder umgekehrt auf den Sohn und erst wenn kein Sohn vorhanden auf die Verwandten durch die Mutter, z. B. auf die Schwester oder den Bruder, den Sohn der Schwester, die Schwestern oder Brüder der Mutter u. s. w. Im Fall der Bevorzugung des weiblichen Geschlechts verbleibt das Vermögen in der Familie. War es so bei andern Völkern, musste das aller Wahrscheinlichkeit nach ursprünglich allgemeine Mutterrecht grade auf diese Art in das spätere System übergehen, so ist schwer zu sagen warum grade bei den germanischen Völkern die Entwicklung verschieden gewesen sein sollte, und weshalb wir die gleichen in den leges barbarorum überlieferten Tatsachen auf andere Weise zu erklären hätten. Die Erbfolge der Kinder nach dem Vater und der weiteren Verwandten des Vaters in Ermangelung der nächsten Spillmagen, steht dem nicht entgegen, denn, wie wir gesehen haben, existirt keine logische Ordnung in solchen Übergangsformen. Sie sind das gleichsam mechanische Ergebniss der Reibung entgegengesetzter Kräfte der siegreichen neuen und der alten untergehenden Ära. Daher wird auch das Bestreben eine systematische Erbfolgeordnung aus den Volksrechten abzuleiten für immer fruchtlos bleiben. Eine solche hat nicht bestanden und konnte unter den bezeichneten Umständen nicht wol bestehen, weil die Volksrechte im Wesentlichen gewohnheitsrechtliche Gebilde, nicht Schöpfungen der Gesetzgebung sind.

Für eine erbrechtliche Bevorzugung grade der Weiber sind sowol im ältesten als auch im spätern Recht noch andere Indicien erhalten. Zur Gerade des späteren sächsischen Rechtes gehört in der Tat, dem Sinn des Wortes entsprechend, der grössere Teil der häuslichen Geräte[1]); das „rhedo“ der Lex Angl. et Werin. (Tit. VII § 3) umfasst dagegen (nach § 6 desselben Titels) nur „spolia colli, id est murenas, nuscas, monilia, inaures, vestes, armillas vel quidquid ornamenti proprii videbatur habuisse.“ Das burgundische Recht scheint einen verwandten Begriff zu kennen; namentlich sichert die Gundobada Tit. XIV § 6 der „puella sanctimonialis“ die freie Verfügung und das Veräusserungsrecht über das,

[1]) Vgl. die Zusammenstellung bei Kraut, deutsches Privatr. 5. Aufl. S. 285 ff.

was sie „ex matris bonis, id est in rescellolis vel ornamentis“ besitzt, und Titel LI § 3 bestimmt: „Ornamenta quoque et vestimenta matrimonialia ad filias absque ullo fratrum consortio pertineant“ . . und § 5 „Quod si necdum nupta puella sorores habens de hac luce transierit, suamque non vulgaverit voluntatem, portio eius . . . ad sorores suas, remota . . . fratrum communione pertineat. § 6. Verum si defuncta non habuerit puella germanam . . . fratres sui heredes accedant.“ Hier wird wol nicht, wie bei der „Gerade“ das Verbleiben in der weiblichen Linie verfügt; es konnte aber ein Teil des Vermögens Generationen hindurch stets nur in der weiblichen Linie forterben. Steht die Institution des Sachsenspiegels und die des thüringischen resp. burgundischen Volksrechtes überhaupt in irgend einem Zusammenhang, was wenigstens für das thüringische Recht, der Gleichheit des Namens und des Wesens wegen nicht zu bezweifeln ist, so frägt es sich ob die Beschränkung auf wenige, zum weiblichen Schmuck und zur weiblichen Kleidung gehörige Gegenstände oder die Ausdehnung auf den grösseren Teil des Mobiliarvermögens ursprünglich ist. Das Alter der Quellen allein ist hier nicht entscheidend; die Frage wird vielmehr mit Wahrscheinlichkeit dahin zu beantworten sein, dass wirklich das Recht des Sachsenspiegels das altertümlichere ist. Ihm entspricht nämlich auffallend ein, allerdings nicht erbrechtliches Institut des fränkischen und alamannischen Rechtes. Nach dem Titel 71 des salischen Rechtes[1]): „De muliere vidua qui se ad alium maritum donare voluerit“, muss die Ehefrau aus dem Hause ihres Vaters nicht nur die Geräte in den neuen Haushalt mitgebracht, sondern auch, mindestens nach dem Tod ihres Gatten, frei darüber disponirt haben. Nur so erklären sich die Sätze: Ut pacem habeam parentum et lectum stratum et lectaria condigna et scamno cooperto et cathedras quae de casa patris mei exhibui, hic dimitto.“ Bestätigt wird dies durch den darauffolgenden Titel: „De viris qui alias ducunt uxores“ § 2: „Si vero de anteriorem uxorem filios non habuerit, parentes qui proximiores sunt mulieris defuncti duas partes dotis recolligant et duos lectaria demittant, dua scamna coperta, duo cathedras.“ Dem steht nicht entgegen, dass nach Titel C (De chane creudo)[2]) der Vater und (aut) die Verwandten (parentilla, parentis) die heiratende Tochter wie den

[1]) Behrend-Boretius p. 90, Hessels 407.

[2]) Chane creudo soll nach Kern Handkleinod — Handgift — Handgabe — arrha bedeuten. Diese Deutung ist schwer mit dem juristischen Inhalt des Titels C in Einklang zu bringen.

by Google

wehrhaft zu machenden Sohn ausstatteten, denn erstens werden in den zwei vorgenannten Titeln jene Geräte von der dos deutlich unterschieden, zweitens können die ersteren einer Braut vom Vater oder dem Mundwald der Mutter, und doch aus dem Vermögen dieser Mutter gegeben worden sein, da nach deutschem Recht der Gemal resp. Geschlechtsvormund frei über die Mobilien des Weibes disponirte. Wie immer dem sein mag, soviel ist sicher, dass nach fränkischem Recht die Frau Eigentümerin der Hausgeräte, vielleicht der meisten oder aller Hausgeräte, deren es ja in gewöhnlichen Häusern nicht sehr viel gegeben haben kann, gewesen ist. Auch das alamannische Volksrecht kennt einen von der dos verschiedenen, vom Hause mitgebrachten Vermögensteil der Frau. Der Pactus Alam. Fragment. III[1]) bestimmt:

1. . . i mulier maritum dat sine procreatione aliqua mortua fuerit, et omnes res eius ad parentes reddantur quidquid per legem obtingat.

2. Et si maritum supervixerit tota lectuaria ei concedantur. Si voluntaria se partire volunt, tollant quod eam per lege obtingat. Lectaria parciant aequale“ und

Titel LV Hloth. 1. Si quis liber mortuus fuerit et reliquit uxorem sine filiis aut filias et de illa hereditate exire voluerit nubere sibi alium coaequalem sibi, sequat eam dotis legitima et quidquid parentes eius legitime placitaverunt.

2. Et quidquid de sede paternica secum adtulit omnia in potestate habeat auferendi quod non manducavit aut non vindidit.

Wie bei den Sachsen so war auch in Süddeutschland die Frau Eigentümerin eines Teils der Hausgeräte und es ist bemerkenswert, dass auch das wichtigste derselben, das Ehebett zu diesem Teil gehörte.[2]) Man halte damit zusammen, dass nach altskandinavischen Rechten die Aussteuer der Mutter als Erbe auf die Tochter überging und überhaupt zum Vermögen der Familie, aus welcher die Frau abstammte, gezählt wurde[3]) und man wird es nicht mehr abnorm finden, dass die ältesten fränkischen Rechte die Frauen zu Erbinen der Mobilien machten.

Mag übrigens zur Gerade wenig oder viel gehört haben, so wäre doch die Entstehung dieser Institution ohne das Mutterrecht schwerlich zu erklären. Auch das Heergewäte ist wahrscheinlich derselben Quelle entsprungen. Wir erinnern an die in der Einleitung über lebende Völker Afrikas mitgeteilten Tatsachen; die

---

[1]) M.M. Germ. L.L. III, 38. [2]) M.M. Legg. l. c. Note 78.
[3]) Weinhold, die deutschen Frauen I, 328—331.

allgemeine Erbfolgeordnung fügt sich dort dem Mutterrecht, der Vater hinterlässt aber Waffen und Rüstung seinem Sohn, nicht dem Schwestersohn.

Auffallen könnte allerdings, dass die Weiber bei ihrer ursprünglich fast sklavisch abhängigen Rechtsstellung nicht nur Eigentum an Mobilien zu haben fähig, sondern auch dasselbe am Weg der Vererbung von einer Familie auf die andere zu übertragen berechtigt waren. Allein heute noch erfreuen sich die Frauen verschiedener Wanderstämme Amerika's des Eigentumsrechtes an beweglichen und selbst unbeweglichen Sachen, obwol sie selbst eine der Sklaverei gleiche Stellung einnehmen. Ebenso schliesst das Mutterrecht in keiner seiner Formen sklavische Abhängigkeit der Frauen aus: Es gibt kein Land, wo dieselben barbarischer behandelt würden als in Australien, und doch wird dort die Stammfolge durch Mutterrecht bestimmt. Schliesslich fällt hier noch ein Umstand schwer ins Gewicht: Die Tatsache, dass Frauen stets unter Mundschaft standen und dass ihrem Mundwald ausgedehnte Gewalt über die Mobilien des Mündels zugestanden wurde. Die scheinbare Zurücksetzung der Männer im Erbrecht musste darin umsomehr ihre Compensation finden, als die in jener Periode noch häufige Ehe durch Entführung vermögens-, namentlich erbrechtliche Nachteile für das Weib nach sich zog, welche den Übergang der Mobilien an sie und ihren Gatten, somit an eine andere Familie hintanhielten. Für den Fall der friedlichen Eheschliessung suchten die Volksrechte sorgfältig der Familie der Frau einen Einfluss (namentl. ein Erbrecht) auf ihr Vermögen zu erhalten. Zeugniss dafür legt z. B. die angeführte Stelle des alamannischen Pactus ab.

Die Weiterbildung von einem ursprünglich allgemeinen Erbrecht der Frauen oder der Spillmagen, wenn ein solches bei den Germanen je bestanden hat — zum Erbrecht der Kinder nach dem Vater, mag bei den Salfranken durch den adfatimus erfolgt sein. Die von Zöpfl vermutete Bedeutung „Anvatern" würde dadurch am entsprechendsten erklärt werden. Aber auch das in verschiedenen altgermanischen Sprachen vorkommende „fathm" etc. im Sinne von „Busen", führt auf dieselbe Auslegung, welche besonders noch durch den Wortlaut der Lex Riboar. 48: „adoptare in hereditatem vel adfatimire" bestätigt wird.[1]) Freilich zur Zeit der Lex Riboariorum, und selbst schon zur Zeit der Aufzeichnung der Lex

[1]) Zöpfl, Rechtsgesch. III, § 87 Note 3, vgl. Kern in der Ausg. der Lex Sal. Sp. 533. Der Sinn kann auch übertragen, spenden, einem andern erteilen sein. Die fränkische Meinung des Wortes gibt aber sicher das ribuarische Volksrecht am getreuesten wieder.

Digitized by Google

Salica war die erbrechtliche Verbindung zwischen Vater und Kindern längst schon vollzogen, der adfatimus wurde zwischen anderen Personen, nach Lex Riboar. 49 sogar zwischen Ehegatten angewendet, allein das entscheidet nicht über die ursprüngliche Bedeutung des Instituts. Tatsache ist, dass der Übergang von Mutterrecht zur Agnation regelmässig durch Vermittlung des Erbrechts stattzufinden pflegte. Zuerst überträgt der Vater bei Lebzeiten Teile des Vermögens auf den Sohn um das nähere Erbrecht der Spillmagen zu umgehen. Das Übertragen des väterlichen Vermögens auf den Sohn wird zur Gewohnheit und diese Gewohnheit führt zum Erbrecht des Sohnes. Mit dem Erbrecht des Sohnes entsteht zugleich sein Recht die Familie, den Stamm des Vaters, fortzupflanzen. Nicht die Verwandtschaft zwischen Schwestersohn und Oheim, sondern die zwischen Vater und Sohn ist nunmehr die nächste: An Stelle des Mutterrechtes tritt die Agnation.

Wir wollen dahingestellt sein lassen ob auch der, sowol in Dänemark als auch in deutschen (z. B. friesischen) Rechten verbreitete Grundsatz: materna maternis, paterna paternis[1]): Was von der Mutterseite vererbt ist soll an die Mutterseite, was von der Schwertseite an die Schwertseite zurück vererben, mit dem Mutterrecht in historischer Verbindung steht oder nicht. Er könnte wol ein dem Heergewäte und Gerade analoger Überrest des letzteren sein, in den Volksrechten aber ist — den Titel 42 des fränkisch-chamavischen Rechtes vielleicht ausgenommen[2]) — keine Spur davon erhalten.

Dass die Vererbung nach fränkischem Recht ursprünglich in weiblicher Linie stattgefunden, wird noch besonders bestätigt durch die Titel De chrenecruda und De reipus des salischen Volksrechts, insbesondere durch die Reihenfolge der Zahler im ersteren, der

---

[1]) Kolderup Rosenvinge 30.

[2]) „Si quis Francus homo habuerit filios duos, hereditatem de sylva et de terra eis demittat et de mancipiis et de peculio, de materna hereditate similiter in filiam veniat." Genau ist hierin das „materna maternis, paterna paternis" allerdings nicht wiedergegeben. Da aber die Söhne Familienväter, die Töchter Familienmütter werden, könnte man wol hier sagen: materna matribus, paterna patribus. Ein Teil des Vermögens konnte mehrere Geschlechter hindurch nur in weiblicher Linie forterben. Es ist freilich bestritten (s. Amira 44 gegen Pertz und Gaupp), ob die Söhne von der materna hereditas ausgeschlossen waren. Zieht man aber in Betracht, dass zur paterna hereditas der Wald und der Acker, die Sklaven und das Vieh gerechnet wurden, so folgt daraus mit Wahrscheinlichkeit, dass die sonstigen Mobilien, namentlich die Hausgeräte nach fränkisch-chamavischem Recht Eigentum der Frauen waren, dass sie also — gleich dem sächsischen Gerade — mit Ausnahme gewisser, im Hause des Wittwers zurückzulassender Gegenstände auf die Tochter der verstorbenen Frau vererbten.

Empfänger des reipus im letzteren Titel. Ob der Vater oder die Mutter im Fall der Chrenecruda in erster Linie zahlungspflichtig waren, mag dahingestellt bleiben. Wie schon erwähnt schreiben die Codd. 1 u. 2 „pater", Codd. 3—6 „mater", die Codd. 7—10 und die Emendata pater et mater. Waitz[1]) hält die Lesung mater, Brunner[2]) „die der zwei besten Handschriften": pater, für die richtige. Für die erstere Lesart würde die auch von Waitz angerufene Analogie des Titels De alodis sowie die Analogie des Titels CI leg. Sal.[3]) sprechen, nach welchem die Mutter des Erschlagenen, nicht sein Vater zunächst berechtigt ist einen Teil des Wehrgelds zu erhalten.[4]) Dieser Punkt ist übrigens für uns von untergeordneter Wichtigkeit, da eine Bevorzugung der Mutter vor dem Vater zwar ein Rudiment des Mutterrechtes sein kann, andererseits aber nicht zweifelhaft ist, dass die Blutsverwandtschaft zwischen Vater und Sohn bereits zu Tacitus Zeit in den Vordergrund des Familienrechtes getreten war, eine Tatsache, die mit dem vollständigen Untergang des Mutterrechtes natürlich nicht identisch ist.

Von grösserer Bedeutung für uns ist, dass Cod. I die „tres de generatione matris", vor den tres de gen. patris anführt. Wäre nämlich Amiras Annahme: die Haftung der Magen sei eine successive gewesen, richtig, so wären danach die Schwertmagen durch die Spillmagen von der Zahlung ausgeschlossen gewesen und hierdurch genügend dokumentirt, dass die Spillmagen als die näheren Verwandten angesehen wurden. Auch ohne dies wäre es aber auffällig, dass Cod. I grade die Spillmagen an erster Stelle, die Schwertmagen nach ihnen nennt. In Cod. II findet sich zwar im selben (3.) Absatz die umgekehrte Ordnung (super tres de gen. p. et de m.), allein der folgende Absatz lehrt, dass auch hier den Schwertmagen zuletzt, den Spillmagen also vor ihnen zu zahlen geboten wird[5]).

[1]) Das alte Recht 109. [2]) Zeitschrift d. Savignystiftung III, 41.

[3]) Hessels 412.

[4]) „Mater" darf kaum, wie Brunner (l. c. S. 34) vorschlägt, auf den filius des Erschlagenen bezogen werden, kann also nicht die Wittwe desselben bezeichnen. Der „filius" wird eben nicht „unmittelbar vorher genannt", vielmehr spricht der Absatz vorher von der Generatio patris und der gen. matris und meint damit die Eltern des Erschlagenen. Es ist doch sehr unwahrscheinlich, dass der unmittelbar hierauf folgende Absatz unter mater was anderes, nämlich die Wittwe des Verstorbenen (Mutter seines Sohnes) verstehen sollte.

[5]) Die Stelle lautet: „medietatem quanto de conposicionem, idem aut quanto lex est, illi III soluant, hoc est illi alii de patris geniracionis facire debit." Das „hoc est" muss hier entweder für die Lesart der Codd. 6 u. 5, nämlich für hoc est et, oder für „hoc et" stehen. Cod. 3 hat gleichfalls „hoc est", Cod. 4 an der entsprechenden Stelle bloss "et": id est ut quantum lex addicat, ille III solidos solvant et ille alii qui de paterno."

Digitized by Google

Die Frage, welche Spillmagen die Busse zu zahlen hatten, beantworten die Codd. 3 u. 4.

Cod. 3 Abs. 3 lautet: Quod si proximor illo et mater et frater solserint, tunc superiorem sororem et matrem debet illa terra jactare, id est super tres de generatione patris, qui proximores sunt.

Cod. 4 Abs. 3: Quod si tam pro illo et mater et frater persoluerunt, tunc super sororem matris aut super suos filios debet illa terra jactare. Quod si ille non fuerit, de illa terra jactata, id est super tres de generationem patris, qui proximiores sunt.

Brunner glaubt zwar mit Amira, die Mutterschwester und deren Sohn (nach Waitz Vorgang wird — wol allgemein — angenommen Cod. 3 wolle sowie Cod. 4 diese Verwandten bezeichnen) seien aus dem Titel „De alodis“ zur vermeintlichen Ergänzung der Liste unpassender Weise herübergenommen worden. Dies kann aber unmöglich geschehen sein, da im Titel „De alodis“ gar nicht dieselben Verwandten vorkommen: er nennt wol die Mutterschwester, nicht aber deren Kinder. Auch entsteht, wenn man aus dem Text der Chrenecruda die genannten Spillmagen streicht, eine dem sonstigen Inhalt des Titels widersprechende Lücke. Die „III De gen. matr.“ werden nämlich in Codd. 3 u. 4 nicht neben den speciell angeführten Spillmagen genannt. Lässt man diese hinweg, so ist hiemit in dem citirten Absatz 3 der Codd. 3 u. 4 die Pflicht der Spillmagen zur Busszahlung vollständig verschwiegen, was aber, wie aus Abs. 4 derselben Codd. hervorgeht (vgl. die vorige Anm. a. E.), unmöglich gewollt sein konnte. Die Codd. 3 u. 4 wollen in Absatz 3 die zur Zahlung berufenen Spillmagen specialisiren. Dies ist die Mutterschwester und ihre Kinder (Sohn und Tochter?). Die Fassung der späteren Handschriften bestätigt diese Deutung. Auch ihnen sind die namhaft gemachten Personen identisch mit jenen tres de generatione matris qui proximiores sunt, denen sie im Absatz 4 die väterlichen Verwandten: „illi alii qui de generatione paterna veniunt“ nachsetzen. Nur Cod. 10 hat in Abs. 3 eine unlösliche Verwirrung, da er ausser der Mutterschwester und ihren Kindern noch drei aus dem Geschlecht des Vaters und der Mutter anführt. Die Lex emendata spricht den hier verfochtenen Sinn der Stelle in unzweideutiger Klarheit aus; ein Grund davon abzuweichen ist nicht vorhanden.

Das Ergebniss ist, dass nach dem Titel „De Chrenecruda“ so gut wie nach dem „De alodis“ die Eltern als die nächsten Verwandten anerkannt wurden, nach ihnen die Brüder, nach diesen die Mutterschwester, darauf deren Kinder. — Der Titel „De reipus“ gesteht dem ältesten Schwestersohn den nächsten Anspruch auf den reipus zu, an zweiter Stelle dem Sohn der Schwestertochter, an dritter

dem „consobrinae filius“, an vierter dem „avunculus frater matris“. Auch hier, wo der beliebte Versuch Schwertmagen unter die Spillmagen zur Ergänzung willkürlich einzuschieben noch nicht unternommen worden ist, sind es ausschliesslich Spillmagen, die den reipus zu erhalten haben. Die Bevorzugung der Spillmagen ist ein gemeinsamer Zug der altertümlichsten Titel des salischen Volksrechts. Ein System der Verwandtschaftsnähe daraus construiren zu wollen, wäre aus schon angeführten Gründen vergebliches Beginnen. Die betreffenden Titel enthalten absterbendes, zum Teil vielleicht schon abgestorbenes Recht. Aus einem Trümmerhaufen wird man das Material, vielleicht den Grundriss des Gebäudes dem er entstammt erkennen, nicht aber die feinen Einzelheiten seiner Construction. Die Reste des Mutterrechts bilden zur Zeit der Lex Salica ein gleichsam unlogisches Element in der Rechtsentwicklung und werden aus diesem Grunde allmälig und stufenweise aus dem Leben ausgestossen. Sie sind, um mit Alexander Franken zu sprechen, das „jus strictum“, das mit einem, bereits feste Formen erlangenden neuen Recht in Widerspruch tritt und sich neben diesem wie ein Anachronismus darstellt.

Die Handschriften der Codd. 7, 8, 9, welche an Stelle des Titels „De Chrenecruda“ die bekannte Notiz setzten: „lege quae paganorum tempore obseruabant deinceps numquam valeat, quia per ipsam cecidit multorum potestas“, haben wol zum Teil (wenigstens mit Bezug auf die Elemente des Mutterrechtes) Recht gehabt. Es waren nur Reste, Rudimente desselben in den Volksrechten erhalten geblieben. Wenn das Mutterrecht, was bei seiner universellen Verbreitung nicht zu bezweifeln ist, bei den alten Germanen wirklich vorhanden war, musste es in Anbetracht der notorischen Zähigkeit und Dauerhaftigkeit solcher Institutionen, notwendig Jahrhunderte hindurch Rudimente hinter sich lassen. Es wäre abnorm, wenn solche Spuren in den deutschen Volksrechten nicht nachzuweisen wären, die vorgängige Wahrscheinlichkeit dafür, dass die im gegenwärtigen Capitel behandelten Rechtssätze wirklich Reste dieser Art enthalten, ist also sehr bedeutend und könnte nur durch gleich starke Gegengründe entkräftet werden.

Fünftes Capitel. (Schluss.)

Die letzte der aufgeworfenen Fragen betraf das Verhältniss der Sprachdenkmale zu den übrigen in Betracht gezogenen Tatsachen. Da drängt sich sofort die Bemerkung auf, dass der Stamm pa,

Digitized by Google

von welchem die Benennung des Vaters in allen indogermanischen Sprachen abgeleitet ist, tränken, schützen, bevormunden, beherrschen heisst — in abgeleiteter Bedeutung nähren, weiden, hüten, pflegen, bewahren, erhalten. „Zu diesen Ableitungen gehört indogermanisch patar, der Tränkende, Nährende, Hütende, Schützende, Herrschende d. i. der Vater.“ Also nicht die Zeugung, das Zeugen war die für die Bildung des Ausdrucks entscheidende Gedankenverbindung.[1]) Anders der Stamm ma: dieser bedeutet ursprünglich gehen, sonst zeigt sich die secundäre Bedeutung messen, ferner austeilen, gewähren, bilden, bauen, machen. Er hat sehr viele Composita und Ableitungen ... Zu den ältesten gehört ved. mâtr, richtiger mâtar m. Verfertiger, Schöpfer, Bildner und mâtá Mutter, mythologisch Erde, Nacht, Gewässer. Die Mutter also ist die Bildende, Bauende, Schaffende, mit anderen Worten die Gebärende[2].) Auch der Stamm des Wortes Oheim (au, av.) bedeutet sättigen, erfreuen, hegen, herrschen, also dasselbe wie Vater. Der Ausdruck Base (ursprünglich für Vatersschwester) stammt von der indogermanischen Wurzel bâs: binden, verhüllen, bedecken, schützen. Das Wort in der Bedeutung des Verwandtschaftsgrades ist aber nur germanisch, vielleicht nur hochdeutsch[3]), dagegen ist Muhme (Mutterschwester) von dem Stamm ma abgeleitet und wahrscheinlich ein altes Wort, da es im lateinischen (matertera) vorhanden.[4]) Bruder stammt von der, den indogermanischen Sprachen gemeinsamen Wurzel bâr, d. h. heben, tragen, bringen, unterhalten, auch ernähren und besitzen.[5]) Neffe, Nichte bedeutet den Nichtherren, den Unvermählten, den unter fremden Mundium stehenden[6]), Sohn nach Deecke den Zeugenden[7]) nach Max Müllers[8]) und Kuhns[9]) wahrscheinlicherer Annahme den Geborenen, Gezeugten, Tochter endlich bedeutet die Melkende.[10])

Alle diese Benennungen, welche in Kürze die Grundlage, auf der die Sprachforscher eine Reconstruction der arischen Familie unternahmen, wiedergeben, haben in sich wenig charakteristisches und können jedenfalls ebensogut oder besser mit dem Mutterrecht in Einklang gebracht werden, als mit einem patriarchalischen Familiensystem. Auf welchem Wege die Sprachforschung dahin gelangt ist das letztere als bei den Ariern herrschend anzunehmen,

---

[1]) Deecke, Die deutschen Verwandtschaftsnamen. Weimar 1871, S. 196 ff. u. 80 ff.; vgl. Gir.-Teul. Orig. 152.

[2]) Deecke l. c. 202, 88 ff. [3]) l. c. 119. [4]) Das. [5]) Das. 100 ff., 209 ff.

[6]) Das. 123. [7]) Das. 94, 205. [8]) Essays I, 26.

[9]) In Webers Indischen Studien I, 325. [10]) Deecke 98 ff., 207 ff.

darüber geben die in den Einzelheiten höchst willkürlichen Ausführungen der sonst so schätzbaren Abhandlung Deeckes charakteristischen Aufschluss.

In Betreff des Wortes Vater befinden sich sowol Deecke als Max Müller im Irrtum. Es stammt nicht von einer Wurzel, die beschützen heisst, im Gegenteil, das Verhältniss kann, wie Lubbock mit Recht bemerkt[1]), eher umgekehrt gewesen sein, die Namen für beschützen mögen von der Wurzel pa abstammen, die Vater bedeutet. Die Wurzeln pa (ta) und ma gehören nämlich zur sog. Kindersprache, welche auf dem Bau der menschlichen Sprachorgane beruht, und nicht auf die Arier beschränkt, sondern über die ganze Erdoberfläche verbreitet ist. Die natürliche Leichtigkeit des Aussprechens gewisser Laute hat zur Folge, dass die Kinder mit denselben jene Personen und Sachen bezeichnen, welche ihnen am öftesten unterkommen. Ursprünglich folgerte man, zwei Sprachen müssten verwandt sein, wenn der Nachweis der Gemeinsamkeit der Namen für Vater und Mutter in beiden Sprachen gelang. Seit Buschmanns eine ungeheuere Menge solcher Beispiele umfassender Arbeit über den Naturlaut (Berl. 1853), hat man aufgehört die Verwandtschaft der Engländer mit den Cariben auf Grund des ihnen gemeinsamen Ausdrucks papa für Vater, oder mit den Hottentotten wegen des gemeinsamen Namens mama für Mutter zu behaupten.[2]) Lubbock sammelte unabhängig von Buschmann gegen 150 Beispiele des Gebrauchs derselben Ausdrücke für die Begriffe Vater und Mutter in den verschiedensten Sprachen und bei Rassen verschiedenster Herkunft und Culturstufe.[3])

Dem Ursprung dieser Worte entsprechend kommt es vor, dass ihre Bedeutung umgekehrt erscheint, z. B. taan (Stamm ta) die Mutter, maan (ma) den Vater bezeichnet (in britisch Columbia); oder mama den Vater, deda die Mutter (in Georgien); mama den Vater, babi die Mutter (Insel Meang)[4]); bei den Kocch in Indien heisst der Mutterbruder mamma, in Loango (Afrika) tate. Diese letzteren Tatsachen stimmen besonders gut mit dem Mutterrecht. Die Kinder sehen den Oheim beständig, da er bei diesen Völkern die Rolle des Vaters spielt, daher bezeichnen sie ihn mit Ausdrücken wie mamma und tate. Bezeichnet aber der Stamm ta, wie bei den arischen Völkern den Vater, so kann dies als Beweis dienen,

[1]) Entstehung 360.

[2]) Tylor, Anfänge I, 222, s. überh. die im 6. Cap. dieses Werkes enthaltenen schönen Ausführungen über die Namen „mater, pater“ u. s. w.

[3]) Lubb. a. a. O. 354—360. [4]) Tylor 222.

Digitized by Google

dass der letztere schon sehr zeitlich den Kindern gegenüber eine besonders hervorragende Rolle gespielt hat. Man könnte daraus folgern, das Mutterrecht sei mit derartigen Namen für „Vater“ unverträglich, es könne also bei den Ariern nicht mehr geherrscht haben. Es erhellt jedoch aus der Zusammenstellung Lubbocks auf das unzweideutigste, dass sich Ausdrücke wie papa, baba, dada, u. dgl. für „Vater“ bei den afrikanischen Völkern vorfinden, welche nur Mutterrecht kennen und ebenso bei derlei Völkern in Asien, Australien und Amerika. Die Kinder, namentlich in der Zeit, wo sie zu sprechen beginnen, bekommen auch hier den Vater besonders häufig zu Gesicht, daher für ihn die Bezeichnung dada. Mit der Rechtsstellung desselben steht dies in keinem unmittelbaren Zusammenhang.

Auch die Bedeutung eines Beschützers, Herrschers u. s. w. für den Vater ist mit dem Mutterrecht nicht unvereinbar, denn bei vielen Völkern (so namentlich in Guyana und in verschiedenen Ländern Afrikas) wohnen die Kinder trotz des bestehenden Mutterrechts beim Vater und unter seinem Schutz. Übrigens bedeutet auch die Wurzel der Namen Oheim und Bruder schützen, nähren u. dgl., so dass der Vater in sprachlicher Beziehung keineswegs bevorzugt erscheint und der Begriff genitor im Begriff Vater nicht enthalten ist. Darum gebraucht das Sanskrit, wenn es vom Erzeuger sprechen will, den Ausdruck pitâ ganitá d. h. Vater Erzeuger. Bernhöft hat neuerdings darauf hingedeutet, die älteren europäischen Völker hätten sich vielfach ganz anderer Benennungen für die Verwandten der Mutter als für die des Vaters bedient.[1]) „Während die Jurisprudenz anfänglich nur die Agnaten berücksichtigte und ihre Rechte erst allmälig auf alle Cognaten übertrug, scheint die Sprache gerade den entgegengesetzten Weg eingeschlagen und die alten Bezeichnungen der Verwandten der Mutter auf die Verwandten des Vaters übertragen zu haben . . Wir sehen daraus, dass die Verwandtschaft von der Mutterseite bei der europäischen Völkergruppe sehr viel mehr in den Vordergrund getreten ist.

Vermutlich hat sich der Einfluss unterworfener Ureinwohner geltend gemacht.“

Wenn nun auch die Möglichkeit solcher Einflüsse nicht geleugnet werden soll, liegt doch eine befriedigendere, mit der Rechtsentwicklung besser harmonirende Erklärung nahe. Die Beziehungen der Agnaten untereinander waren, wie erwiesen worden ist, Beziehungen des

---

[1]) Germanische und moderne Rechtsideen im recipirten röm. Recht. Separatabdr. aus der Zeitschr. f. vergl. Rechtsw., IV. Bd. S. 5—7.

Rechtes, nicht der Blutsverwandtschaft, auf Herrschaft nicht auf Abstammung begründet; die gebräuchlichen Namen für die Agnaten sollten diese Rechtsbeziehungen, die Namen der Verwandten im Weiberstamm dagegen wirkliche Blutsverwandtschaft bezeichnen. Im selben Maasse als das Volksbewusstsein begann, das Band durch den Vater als ebenbürtiges Blutband anzuerkennen, begann auch die Anwendung der, für die bisher einzigen Verwandten d. h. für die Verwandten im Weiberstamm üblichen Namen auf die väterlichen Verwandten des gleichen Grades. Also nicht einem neuerlichen Aufschwung des Mutterrechtes, sondern bloss einer Ausdehnung seiner Begriffe auf die Verwandten durch den Vater, also einem letzten, entscheidenden Fortschritt der Paternität ist die in Rede stehende Wandlung zuzuschreiben. Und weil das Recht dem Fortschritt und Bedürfniss des Lebens folgt, hat es nach und nach die alten, aus dem Volksmund verschwindenden Namen der Agnaten fallen lassen und die nunmehr allgemein gewordenen für die Blutsverwandtschaft an ihre Stelle gesetzt.

Die Ergebnisse der Sprachforschung sind mit der Existenz und Herrschaft des Mutterrechts bei den Ariern keineswegs im Widerspruch. Die Resultate zu denen wir in dieser Richtung in der Einleitung gelangt sind, bleiben demnach unerschüttert. Die Arier haben, entgegen der gewöhnlichen Annahme der Sprachforscher nicht in patriarchalischer, agnatischer Familienordnung gelebt, sondern unter der Herrschaft des Mutterrechts. Dieses musste also den Ausgangspunkt für die Entwicklung des Familienrechts der einzelnen arischen Völker, folglich auch des germanischen Familienrechts bilden.

Ist es gelungen bei den germanischen Stämmen Reste des Mutterrechts nachzuweisen, so ist hiemit nur bestätigt, dass auch sie den normalen, den gleichen Entwicklungsgang zurückgelegt haben, dem der weitaus grösste Teil der Menschenrassen gefolgt ist. Die germanische Geschichte bildet dann einen der vornehmsten Bausteine des lebhaft emporstrebenden, täglich vollkommeneren Gebäudes der vergleichenden Rechtswissenschaft. Auch sie wird zur Entdeckung und Begründung von Gesetzen des Völkerlebens beisteuern, welche an Sicherheit und gewiss auch an Wichtigkeit und Interesse denen der physischen Welt nicht nachstehen.

Digitized by Google

Wäre aber der Wahrscheinlichkeitsbeweis aus den germanischen Rechtsquellen selbst hoffnungslos verfehlt, der inductive auf die Gleichheit der Völkerentwicklung gestützte Beweis bliebe dennoch unberührt bestehen. Wir wären also nach wie vor zur Behauptung berechtigt, dass entweder die Germanen selbst, oder doch ihre Vorfahren einmal keine andere Verwandtschaft anerkannt haben müssen als die durch Mütter allein d. i. — das Mutterrecht.

Digitized by Google

Die Ehe durch Frauenraub und ihre Spuren im germanischen Recht und Leben.

Einleitung.

In dem von der vergleichenden Ethnographie entworfenen, täglich bestimmtere Züge erhaltenden Bilde des vorhistorischen Familienrechtes nimmt der Frauenraub eine hervorragende Stellung ein. In ihm will man die älteste Form der Eheschliessung entdeckt haben, diejenige, welche überall dem Frauenkauf vorangegangen ist. Es soll dies ein auf die grosse Mehrzahl aller Stämme, resp. ihrer Vorfahren anwendbares Gesetz sein, wodurch zahlreiche Erscheinungen am füglichsten erklärt werden können. Uns handelt es sich zunächst darum, die Verbreitung der Ehe durch Raub und ihrer Überlebsel[1]) festzustellen, was trotz Kulischers fleissiger Arbeit[2]) noch nicht in hinlänglichem Maasse erreicht, für uns aber sehr wichtig ist, da die vorgängige Wahrscheinlichkeit für die Existenz dieser Eheform bei den Ariern und speciell bei den Germanen davon abhängt. Wir wollen daher eine Übersicht der einschlägigen die nichtarischen Völker, in einem weitern Abschnitt auch die Übersicht der die nichtgermanischen Arier betreffenden Nachrichten herzustellen versuchen, ohne uns zu verhehlen, dass absolute Vollständigkeit auch hier noch nicht zu erreichen sein wird.

Wir teilen sämmtliche, anzuführende Völker in zwei Klassen. In solche, bei denen der Frauenraub (die Entführung) wesentlicher Teil des Eheschliessungsaktes ist und in solche, bei denen der Frauenraub oder seine Reste nur als Hochzeitsspiele und Scherze,

[1]) „Überlebsel“: ein dem Englischen nachgebildeter in der Literatur der Völkerkunde mit Recht acceptirter Ausdruck.

[2]) Zeitschrift f. Ethnologie X, 1878, S. 194 ff.: Intercommunale Ehe durch Raub und Kauf.

Digitized by Google

ohne rechtliche Bedeutung überleben. Die erste Klasse teilen wir nach der Einwilligung des Gewalthabers der Geraubten in drei Stufen. Die erste Stufe umfasst jene Völker, welche Frauenraub ohne jede Rücksicht auf den Willen des Gewalthabers als Eheschliessungsmittel gewohnheitsmässig üben; die zweite diejenigen, welche für die Geraubte nachträglich eine Busse oder einen Kaufpreis zahlen lassen, sich also mit ihrem Gewalthaber hintennach einverstehen, die dritte jene Völker, bei denen der Bräutigam seine Braut zu rauben hat, wo der Gewalthaber des Weibes im Voraus zugestimmt hat, der Raub sonach zwar notwendige Eheschliessungsform ist, aber den Charakter wirklicher Gewalt nicht mehr an sich trägt.

Die Grenzen dieser Stufen, sowie der beiden Klassen untereinander sind natürlich fliessend, daher kann die Einteilung keine mit mathematischer Genauigkeit zutreffende sein. Sogar im selben Volk concurriren oft mehrere dieser Stadien nebeneinander, so dass derselbe Völkername uns wiederholt begegnen wird. Die historische Entwicklung aber schreitet in der angegebenen Reihenfolge vorwärts. Sie ist in den höchsten Kulturländern bis zum letzten Stadium (zur zweiten Klasse) angelangt, ohne es gänzlich überschritten zu haben: Hochzeitsspiele als Überreste der Ehe durch Raub scheinen in keinem Kulturlande vollständig zu fehlen.

In derselben Ordnung sollen, aus äusserlichen Gründen gesondert, die arischen, nicht germanischen Völker, zum Schluss die germanischen Quellen untersucht werden. Zwei Tatsachen werden hiebei besonders in die Augen springen. Erstens, dass der Frauenraub einer äusserst altertümlichen Stufe der menschlichen Entwicklung angehören muss, da er bei noch sehr rohen Völkern, bei denen das Mutterrecht rein erhalten ist, nur mehr als Rudiment, in symbolischer Weise auftritt, dass aber seinen Überresten eine weit grössere Zähigkeit und Dauerhaftigkeit innewohnt, als denen des Mutterrechtes. Symbole des Frauenraubs haben sich in aller Klarheit bis tief in die Periode der herrschenden Agnation erhalten, und sind, nachdem vom Mutterrecht fast keine Spur mehr erkennbar geblieben, zum Teil durch Jahrhunderte hoher Kultur bis auf die Gegenwart überliefert.

Ein zweites, bemerkenswertes Factum ist, dass es vergeblich wäre ein Volk finden zu wollen, von welchem direkt erwiesen werden könnte, es schliesse gegenwärtig sämmtliche Ehen auf dem Wege des Raubes, oder habe sie jemals nur auf diesem Wege geschlossen. Daher kann nicht mit voller Sicherheit behauptet werden, der Frauenraub sei je einzige Eheschliessungsform ge-

Digitized by Google

wesen. Um so wahrscheinlicher ist es, dass er gewöhnliche, vorherrschende Eheschliessungsform war, da sich nur unter dieser Voraussetzung die allgemeine Anwendung der Entführungssymbolik bei den einzelnen Völkern erklären lässt.

Frauenraub als Eheschliessungsform bei den nichtarischen Völkern.

I.

1. Bei mangelnder Einwilligung des Mundwalds der Geraubten.

Den wilden Stämmen Australiens ist der Raub der Frau gewohnte, normale Art der Eheschliessung. „Das Freien als Vorläufer der Ehe", sagt ein englischer Berichterstatter, „ist den Australnegern unbekannt. Wünscht ein junger Krieger eine Frau, so erhält er sie zumeist durch Tausch gegen seine Schwester oder eine andere weibliche Verwandte. Befindet sich aber in seinem Stamm kein passendes lediges Mädchen, so schleicht er um das Lager anderer Eingeborenen herum, bis die Gelegenheit ihm erlaubt, eine ihrer „leubras" zu erhaschen. Einfach und wirksam ist die Art seiner Bewerbung. Der Gegenstand seiner Zuneigung wird mit einem Schlag der Kriegskeule betäubt, dann der leblose Körper über Stock und Stein nach einem entfernten Schlupfwinkel geschleppt und die so Eroberte, sobald sie zu sich kommt, im Triumph in das heimatliche Lager geleitet.[1]) Nach einem andern Berichte befielt der Australier dem Weib, das ihm gefällt, ihm zu folgen; gehorcht sie nicht, so zwingt er sie durch Püffe, schlägt sie endlich nieder und schleift sie mit sich.[2]) George Gray, eine gute Autorität, erzählt: Selbst wenn ein Weib ihren Bewunderern keinerlei Ermutigung angedeihen lässt, werden stets viele Pläne geschmiedet, sie zu entführen. Es wird um sie gekämpft und sie selbst dabei häufig argen Misshandlungen preisgegeben: Jeder der Kämpfenden befielt ihr, ihm zu folgen und wirft den Speer nach ihr, wenn sie nicht gehorcht. Das Leben eines jungen Weibes, besonders wenn es durch Schönheit ausgezeichnet ist, ist eine ununterbrochene Folge von Gefangenschaft bei verschiedenen Herren, schrecklichen Verwundungen, Wanderungen zu fremden Stämmen, von rascher Flucht und übler Behandlung seitens anderer Frauen, unter welche sie als ihres Herrn Gefangene

---

[1]) M'Lennan Studies in Ancient Hist. Lond. 1876. Appendix p. 321.

[2]) M'Lennan p. 58 ff. Waitz, Anthropologie der Naturvölker VI 772—776.

Digitized by Google

gebracht wird. Selten sieht man eine durch Anmut und Schönheit ausgezeichnete Gestalt, die nicht durch Narben alter Wunden entstellt wäre. Hunderte von Meilen fort von der ursprünglichen Heimat wandert auf diese Weise manches Weib, indem es nacheinander in immer fernere und fernere Landstriche entführt wird. Da die Weiber stets aus fremdem Stamm gestohlen werden, ruft jede solche Tat einen Krieg hervor, dessen vornehmste Beute natürlich wieder Weiber sind.

Verwandte, wenn auch nicht überall gleich gewaltsame Bräuche herrschen oder herrschten zur Zeit der Entdeckung auf Tasmanien[1]), Neu-Guinea[2]), den Fidschi-Inseln[3]) und selbst in Europa bei den Lappen[4]), ferner unter amerikanischen Urvölkern in solcher Ausdehnung, dass dadurch abwechselnd Überzahl und Mangel an Weibern hervorgerufen wurde. Die Stämme am Orinoco[5]), Rio Negro[6]) und Amazonasstrome[7]) führten gleich den cannibalischen Cariben[8]) unaufhörliche Kriege mit den benachbarten Völkern, um deren Weiber zu rauben, die Männer zu tödten. Ähnliches übten sowol andere südamerikanische Völker[9]), als auch die Eingeborenen Nord-Amerikas, wo das Stehlen der Weiber Ursache und Ende der meisten Kriege[10]) und beliebtes Thema der Kriegsgesänge war. Californier sangen beim Antritt des Feldzuges: Lass uns ziehen Führer in den Krieg. Lass uns ausziehen und erbeuten ein schmuckes Mädchen![11])

---

[1]) Waitz, Anthropol. VI, 813—816.

[2]) Post, die Geschlechtsgenossenschaft der Urzeit. Oldenb. Schulze. 1875.

[3]) Lubbock, Entstehung der Civilisation. Jena 1875. S. 92 ff.

[4]) Globus XXII, 51. [5]) M'Lennan 48. [6]) l. c. [7]) l. c. 47.

[8]) Waitz III, 351, 355 u. bes. 374; Martius, Zur Ethnographie Amerikas. Lpz. 1867. S. 738.

[9]) Patagonier, M'Lennan 47, Waitz III, 503 ff. Miranhas, Martius 104. Abiponer, Dobrizhofer, Die Abiponer, Wien 1783 (3 Bde.) II, 172. Payaguas, Azara, Voyage dans l'Amérique méridionale. Paris 1809 (3 Bde.) II, 145. Lenguas l. c. 149. Machicuis l. c. 156. Die Mbayas halten solche Raubzüge für eine heilige Pflicht l. c. 108. — Quichuas, d'Orbigny, Voyage de l'Astrolabe IV (l'homme de l'Amér. mérid.). Paris 1839. IV, 93; endlich das grosse Volk der Tupi-Guarani. Waitz III, 241, doch schonte man hier selbst gefangene Weiber nicht immer.

[10]) Comanches, Waitz IV, verstärken sich durch Frauen- und Kinderraub; Nutkas, Bancroft, The native races of the Pacific States of North-America. Lpz. Brockh. 1875. I, 197. Tacullies, das. 123. Mittel-Californ. das. 380. Süd-Californ. das. 411. Nach den ältesten Berichten die Indianer von Florida. Charlevoix, Hist. de la Nouvelle France. Paris 1744. I, 42.

[11]) Waitz IV, 242.

Zeugniss des lokalen Übergewichtes der Ehe durch Raub über jede andere Eheform gibt die interessante Tatsache, dass sich die Weiber in Gegenden Amerikas einer andern Sprache bedienten, als ihre Männer, weil eben erstere der Mehrzahl nach von den Nachbarstämmen geraubt waren und die heimatliche Sprache beibehielten.[1])

Wandernde Völker kommen oft in die Gelegenheit, dem durch die Wechselfälle ihres Schicksals eingerissenen Weibermangel am Wege des Raubes abzuhelfen. So die Magyaren zur Zeit ihrer Ansiedlung[2]), so auch die Juden des alten Testaments. Im Deuteronomium und dem Buch der Richter sind Beweise eines der Cariben würdigen, bei ihnen gesetzmässigen Verfahrens enthalten. 5. Mose 20. 12—14 ordnet das gegen feindliche Städte im Kriege einzuhaltende Verfahren an: 12. Will sie (die Stadt) nicht friedlich mit dir handeln und will mit dir Krieg, so belagere sie. 13. Und wenn sie der Herr dein Gott dir in deine Hände gibt, so sollst du alles was männlich darinnen ist, mit des Schwertes Schärfe schlagen. 14. Ohne die Weiber, Kinder und Vieh und alles was in der Stadt ist, und alles sollst du unter dich austeilen“ und

5. Mose 21. 10: Wenn du in einen Streit ziehst wider deine Feinde, und der Herr dein Gott gibt sie dir in deine Hände, dass du ihre Gefangene wegführest; 11. Und siehest unter den Gefangenen ein schönes Weib und hast Lust zu ihr, dass du sie zum Weibe nehmest. 12. So führe sie in dein Haus, und lass ihr das Haar abscheeren und ihre Nägel beschneiden. 13. Und die Kleider ablegen, darinnen sie gefangen ist, nnd lass sie sitzen in deinem Hause und beweinen einen Monat lang ihren Vater und ihre Mutter; darnach schlaf bei ihr und nimm sie zur Ehe und lass sie dein Weib sein. 14. Wenn du aber nicht Lust zu ihr hast: so sollst du sie auslassen, wo sie hin will, und nicht um Geld verkaufen noch versetzen; darum, dass du sie gedemüthiget hast.

Diese Vorschriften befolgte der Stamm Benjamin, da seine

---

[1]) Guaycurus, Martius 233. Arawaks, l. c. und Schomburgk Rich. Reise in britisch Guyana. Lpz. 1847 (3 Bde.) 1, 227. Mbayas, Azara II, 106. Cariben, Waitz III, 355: „Nach allgemeiner Überlieferung und Aussage der C. selbst kommt die Verschiedenheit der Sprachen, deren sich Weiber und Männer bedienen daher, dass sie nur die Weiber der besiegten Völker leben liessen und behielten.“ Daher gebrauchen caribische Weiber Arawakworte: Martius 738. R. Schomburgk II, 430. — Die Sioux im oberen Mississippital: Philander Prescott in Schoolcrafts Sammelwerke: Hist. and Stat. Informations resp. the Hist. Condition and Prospects of the Indian tribes Philad. 1851 f. (5 Bde. fol.) III, 234.

[2]) Jirecek, Gesch. d. Bulgarei. Prag 1876. S. 164. cit. bei Kulischer a. a. O.

Weiber im Krieg gegen die übrigen Stämme umgekommen waren, und die letzteren geschworen hatten den Söhnen Benjamin ihre Töchter zu weigern. Dieser Eid bindet die neun Stämme, wenn sie ihn auch bereuen. Als Auskunft wird ergriffen, dass man die Stadt Jabes überfällt, alle Männer und die Weiber „die beim Manne gelegen sind“ mordet oder verbannt, die 400 Jungfrauen aber gefangen hinwegführt und dem Stamme Benjamin zu Weibern gibt. Da aber diese Zahl noch nicht genügt, hilft man sich auf ähnliche Weise weiter. Zu Silo wird ein jährliches Fest gefeiert, da gebieten die Ältesten der Gemeinde den Kindern Benjamin und sprechen (Richter 21. 22): Gehet hin und lauret in den Weinbergen. (21.) Wenn ihr dann sehet, dass die Töchter Silo heraus mit Reigen zum Tanz gehen, so fahret hervor aus den Weinbergen und nehme ein jeglicher ihm ein Weib von den Töchtern Silo. (22.) Wenn aber ihre Väter oder Brüder kommen mit uns zu rechten, wollen wir zu ihnen sagen: Seid ihnen gnädig, denn wir haben sie nicht genommen mit Streit; sondern Ihr wolltet sie ihnen nicht geben, die Schuld ist jetzt euer. (23.) Die Kinder Benjamin taten also und nahmen Weiber nach ihrer Zahl, von den Reigen, die sie raubten....“

Schon M'Lennan hat auf einen Teil dieser Stellen hingewiesen und den naheliegenden Vergleich mit dem Raub der Sabinerinnen gezogen.

Im Wesentlichen zur selben Art der Eheschliessung gehören die Ringkämpfe um Eheweiber, welche ja ebenfalls Ignorirung des Willens des Mundwalds der Frau involviren. So besonders bei nord- und südamerikanischen Indianern[1]) und bei den Buschmännern[2]).

Folge des unter den meisten Völkern dieser Stufe herrschenden Mutterrechts ist, dass die Kinder der geraubten Frauen dem Stamm der Mutter angehören, wodurch im Lauf der Zeit die Veranlassung zum Frauenraub wesentlich verringert wird. Derselbe steht nämlich, wie schon angedeutet, in causalem Zusammenhang mit der weit verbreiteten Exogamie, eine Tatsache, die hinlänglich sichergestellt ist, ohne dass es bis jetzt nachgewiesen wäre, ob die Exogamie den Frauenraub, oder der Frauenraub die Exogamie erzeugt hat.[3]) Die letztere nötigt dazu, Mädchen ausserhalb des Stammes zu rauben, da man sie regelmässig, beim steten Kriegs-

---

[1]) Nord-Am.: Micmaks, Charlevoix I, 193. Athapasken, Waitz III, 101—104. Süd-Am.: Passés, Martius 509. Jndios bravos, Tschudi Peru. St. Gallen 1846. II. 235.

[2]) Schneider, Handb. d. Erdbeschreibung. 1857. II, 664.

[3]) Üb. die Exog. Lubbock l. c., besonders aber M'Lennan Studies.

zustand der wilden Völker untereinander, auf friedlichem Wege nicht zu erhalten vermag und Frauen eigenen Stammes nicht ehelichen darf. Sind einmal infolge des Mutterrechts viele Mädchen fremden Stammes im Dorf, so kann jedermann ohne die Exogamie zu verletzen, sich eine Dorfgenossin zugesellen. So erklärt es sich z. B., dass die Australier nicht selten im eigenen Dorf eine Gattin suchen und finden, obgleich sie exogam und der Ehe durch Raub ergeben sind. Aber auch da hört die letztere — die Entführung aus fremdem und nun auch aus dem eigenen Dorf — nicht vollständig auf. Zwischen der Ehe und dem Frauenraub hat sich eine Gedankenverbindung entwickelt, welche diesen zur Vorbedingung jeder rechten Ehe stempelt. Auch folgt mit Notwendigkeit aus dem in jenen Zeiten allmächtigen Princip der Vergeltung, des Rächens jeder Unbill womöglich durch Talion — dass Frauenraub von einem Stamm zum andern neuen Frauenraub in endloser Folge nach sich zieht. Schliesslich wirkt auch noch die Habsucht als erhaltender Factor in derselben Richtung. Sobald sich die Beziehungen der Völker zu einander freundlicher zu gestalten beginnen, tritt nämlich neben den Frauenraub frühzeitig der Frauenkauf. Frauen werden zum beliebtesten Handelsartikel. Immer häufiger muss man sie durch Kauf mit mehr oder minder schweren Opfern erwerben. Da ist es denn natürlich, dass die unternehmendsten, tapfersten Männer, die Besten im Sinne jener Zeit, die Kosten der Kaufehe durch gewaltsame Entführung einer Frau zu vermeiden suchen. Grade dieser gefahrvolle und nach unseren Begriffen sicher nicht bequeme Weg, musste am allermeisten der Heroenzeit jedes Volkes entsprechen. Überdies bleibt der Frauenraub durch lange Völkerperioden als subsidiäre Eheschliessungsform für alle Fälle in lebendiger Übung, in denen einer gewünschten Verbindung irgend welche Hindernisse, namentlich die Macht bevorzugter Freier, oder Abneigung der Gewalthaber des Mädchens im Wege zu stehen schienen.

Durch eine gewisse rechtliche Sanction ausgezeichnet, gewissermassen ordnungsgemäss, aber noch der ersten Stufe angehörig, ist der Frauenraub in Clear Lake (Mittel-Californien). Dort gilt es als rechte Ehe, wenn eine Schaar junger Leute ein Mädchen überfällt, entführt und einer derselben sie ohne weitere Ceremonien als Ehefrau behält.[1]) Hier wie auch im melanesisch-australischen Archipel, wo die gleiche naive Rechtsanschauung waltet[2]) und bei gewissen Beduinenstämmen[3]), wo die Ehe der verheirateten Frau durch Entführung, wenn nur gewisse Formen beobachtet wurden, zu Gunsten

[1]) Bancroft I, 389. [2]) Waitz VI, 632. [3]) Klemm Gust., Die Frauen I, 172.

Digitized by Google

des Entführers aufgelöst wird, ist Frauenraub doch nur in subsidiärer Weise gebräuchlich, ebenso bei anderen Stämmen, bei welchen Frauenraub neben Frauenkauf steht, Stämmen Amerikas[1]), Neu-Seelands[2]), wo erbitterte Kämpfe um Mädchen geführt und diese in der Hitze des Gefechts oft verwundet oder getödtet werden, der Sundainseln[3]) und Ostindiens.[4]) Die west- und mittelasiatischen Reiternomaden greifen, wenn die Hand der Geliebten verweigert wurde, oder Schwierigkeiten wegen des Preises entstehen, gleichfalls zum Mittel gewaltsamer Entführung. Ist das Mädchen einmal in der Jurte ihres Entführers, so wird sie auch als seine Frau angesehen und es erfolgt regelmässig eine nachträgliche Verständigung wegen ihres Preises. Hiemit sind wir an der Grenze der zweiten Stufe angelangt.

2. Ehe durch Raub, bei nachträglicher Verständigung mit dem Gewalthaber der Geraubten.

Die Zahl der nachweislich hierher gehörigen Völker ist eine verhältnissmässig geringe. Abgesehen von den eben erwähnten asiatischen Nomadenvölkern[5]) sind da noch die Redjang auf Sumatra[6]) — sie lassen die Ehe durch eine nachträglich geleistete Busszahlung perfect werden — die Wukas auf Neu-Guinea[7]), die Selisch in N.-W.-Amerika[8]) zu nennen, welche Bezahlung eines nach der Entführung zu vereinbarenden Kaufpreises fordern. Nach der Sitte der Wukas verbergen sich die Durchgegangenen im Walde, lassen

---

[1]) N.-W.-Amer.: Ojibway (Chippeway) Waitz IV, 103; Shoshones: nach vorheriger Ablehnung der Bewerbung; Bancroft I, 277. „Der Krieger sammelt seine Freunde, entführt die widerstrebende Schöne, unterwirft sie den Insulten der Genossen, und nimmt sie dann zur Frau." l. c. 436. Süd-Am. Araukaner, Waitz III, 515. Guanos in Chaco, Azara II, 95.

[2]) Waitz VI, 125.

[3]) So bei den Lampongs auf Sumatra im Fall der Verweigerung oder zu hohen Preises. Das. V, 1. Abth., S. 149.

[4]) In Singboom (Bengalen), Bastian, Die Rechtsverhältn. bei verschiedenen Völkern der Erde 1872, 178 Note; bei den Khonds und etlichen indischen Gebirgsvölkern. Lubbock, Entst. 88 f.

[5]) Kalmücken, Kirghizen, Nogaische Tartaren, Tscherkessen. Mac Lennan 57. Turkmenen, ders. 316. Über die Tscherkessen, Klemm I, 153, über Kalmücken, ders. I, 139. Tungusen und Kamtschadalen, Lubb. 89. Chewsuren im Kaukasus, Ausland 1879. S. 530.

[6]) Post, Die Anfänge des Staats- und Rechtslebens. Oldenburg 1878. S. 214.

[7]) Waitz VI, 632. [8]) Bancroft I, 277.

sich aber von den verfolgenden Verwandten des Weibes mit Leichtigkeit finden, da die Entführung als Eheschliessungsform durch Gewohnheit geheiligt ist. Den Üebergang zu den bereits vor der Entführung ein Üebereinkommen treffenden Völkern bezeichnen die Araukaner in Südamerika, deren Familienrecht überhaupt zu den merkwürdigsten und interessantesten gehört. Entweder erfolgt bei ihnen die Entführung zuerst, darnach die Verhandlung über den Kaufpreis, oder wird der Vater des Mädchens vorher ins Einvernehmen gezogen, nicht aber das Mädchen selbst: man überfällt dasselbe unvermutet und schleppt es in den Wald. Aber selbst dann, wenn der Vater und die Tochter bereits im Vorhinein zugestimmt haben, muss letztere doch mit scheinbarer Gewalt geraubt werden, wobei ein allerdings scherzhaftes, aber leicht in blutigen Ernst ausartendes Gefecht geliefert wird.[1])

3. Völker, welche sich in der Regel vor der Entführung mit dem Mundwald des Weibes einverstehen, die Entführung aber als wesentlichen Teil der Eheschliessung ansehen.

Entführung der Braut durch ihren Bräutigam ist Sitte der fortgeschritteneren Australierstämme[2]), der Bewohner der Westküste von Neuguinea, der Torres[3]) und Fidschiinsulaner[4]) und einiger grösseren Stämme Afrikas.[5]) Jede andere Heiratsceremonie vertritt sie bei den Völkern des Kaukasus[6]), den Korjäken[7]) und Kamtschadalen[8]), ferner den Kalmücken[9]), Battaks auf Sumatra[10]) (als eine ihrer drei Eheschliessungsformen), und nebst anderen Süd-

[1]) Waitz III, 515 f. Post, Geschlechtsgenossenschaft 55, Anfänge 210 f. Ausland 1872. S. 196. Kulischer a. a. O. 202.

[2]) Waitz VI, 772, VI, 2, S. 191. [3]) Post, Anfänge 212.

[4]) Lubb., Entstehung 92.

[5]) Der Kaffern, l. c. 95, Abessynier, l. c. 92, Wakamba l. c. und innerafrikanischer Negerstämme. Home Sketches of the Hist. of Man. 1774. I, 200.

[6]) Kabardiner, Gartenlaube 1867. S. 461. Tscherkessen, M'Lennan 26, 37, Chewsuren, Ausland 1879. S. 530 f. Adighe, Post, Geschlechtsgenossensch. 60.

[7]) Waitz I, 359.

[8]) Hist. de K. trad. par M. E. Lyon 1767. II, 191. Klemm, Frauen I, 50.

[9]) M'Lennan 22, 26, ähnlich die Usbeken, Post, Anfänge 211.

[10]) Friedr. Müller, Ethnographie 320.

Digitized by Google

amerikanern[1]), auch den Feuerländern[2]), demnach Völkern aller Weltteile und Zonen. Im Einzelnen sind die Formen der Entführung äusserst mannigfaltig, häufig schon vorausbestimmt und aus diesem Grund Hochzeitsspielen genähert. Überrumplung der Freunde der Braut inmitten des Festgelages durch die Rotte der Entführer findet bei den Uaupes (S.-Am.) statt und bei den Völkern des Kaukasus. Bei den Inlandnegern, Kamtschadalen, Mapuche-Araukanern und Feuerländern, wird das Mädchen von den Weibern auf das entschlossenste verteidigt und muss ihren Händen mit Gewalt entrissen werden. Besonders lehrreich ist die von Klemm mitgeteilte Sitte einiger kaukasischer Völker.[3]) Nach Abschluss des Kaufs des Mädchens, am Tage nach der Scheinentführung und dem dieselbe begleitenden scheinbaren Scharmützel, erscheint der Vater der jungen Frau im Zelte ihres Gatten mit der Frage: „Hast Du nicht meine Tochter entführt?“ Darauf folgt eine fingirte Verhandlung und scheinbare Zahlung des tatsächlich schon vor der Entführung erlegten Brautpreises — es wird also dramatisch dargestellt, wie man zu verfahren pflegte, als noch die zweite Stufe nicht überschritten war.

Auf der dritten Stufe beginnen sich neue, meist religiöse Formen zu Bestandteilen der Eheschliessung zu erheben, die Entführung in den Hintergrund drängend, so dass sie alsbald zum Spiel verblasst und eine Zeit lang zwischen Ernst und Scherz die Mitte hält. Deshalb ist die zweite Klasse der Völker im Verhältniss zur dritten Stufe ebenso schwankend, wie diese im Verhältniss zur zweiten. Die Umwandlung ist überaus langsam, verschieden schnell bei verschiedenen Völkern, in den Grundzügen aber trotzdem immer die gleiche.

II.

Frauenraub oder seine Reste als Hochzeitspiel und Scherz.

Es wird in verschiedenen Teilen der Erde für besonders anständig gehalten, wenn die Braut sich dem Bräutigam bei der Heimführung aus allen Kräften widersetzt, mit ihm ringt und sich nur durch grösste Anstrengung überwinden lässt. Solche Kämpfe dauern oft Stunden oder selbst Tage lang und gelten mehrfach als letzte Ge-

---

[1]) Charruas, Post, Anf. 212. Amazonas, Lubb. 92. Uaupes, Martius 599 f. Indianer um Conception in Chili (Pehuenchen) l. c. Mapuche-Araukaner, Post, Anf. 210.

[2]) M'Lennan 30. [3]) Klemm, Frauen 151 f., vgl. Post, Anf. 211.

legenheit für das Mädchen, sich einem missliebigen Freier zu entziehen. Wer sie nicht bezwingt ist abgewiesen und muss abziehn selbst wenn der Mundwald ihm wolgesinnt wäre. So ist es auf Neuseeland[1]), der Ringkampf aber war im Altertum auch bei den Saken[2]), in der Neuzeit bei Tungusen, Kamtschadalen[3]), Eskimos am Cap York[4]), Redjang auf Sumatra[5]) und bei den Sinai-Beduinen[6]) gebräuchlich. Bei diesen überfällt der Bräutigam die rechtmässig gekaufte Jungfrau, schleppt sie in das Zelt ihres Vaters, hebt die sich heftig sträubende auf ein Kameel, wo er sie gewaltsam festhält und zieht sie gleichfalls mit Gewalt in sein Haus, wobei ihr kräftiger Widerstand oft selbst Verwundungen veranlasst. Das gewaltsame Hineinzerren ins Haus soll auch in einigen Gegenden Afrikas[7]) und bei den Kalmücken[8]) Gebrauch sein. Offenbar ein Rest derselben Sitte ist das in Nordamerika[9]) und Afrika[10]) vorkommende Hineinziehn oder Hineintragen der Braut über die Schwelle. Auch in China trägt man sie (über ein Becken voll glühender Kohlen) ins Haus[11]), eine bemerkenswerte Tatsache, da in diesem ältesten Kulturland ausserdem nur noch ein, weiter unten zu erwähnendes Überlebsel des Frauenraubes erhalten ist.

Nicht weniger verbreitet ist die Scheinflucht des Mädchens und Verfolgung desselben durch den Bräutigam[12]); bei den asiatischen Reiter-

---

[1]) Lubb. 92 f. [2]) Bastian, Der Mensch in der Gesch. Lpz. 1860. III, 293.

[3]) M'Lennan 25 f. [4]) Lubb., Enst. 333. [5]) Post, Geschlechtsgenossensch. 57.

[6]) M'Lennan 318, 25. Klemm l. c. I, 153.

[7]) Mandingos, Lubb., Entst. 95, Sockna, das. 96, Felatah, das. 92.

[8]) Post, Geschl. 60.

[9]) Californien, Bancroft I, 411. Canada, Lubb., Entst. 71. Sioux (Nadowessier, Dacotah), Klemm I, 34.

[10]) Karagua, M'Lennan 28, Berbern in Marokko, Post, Geschl. 60. Abessyn., Lubb. 71.

[11]) Post, Anfänge 214.

[12]) In Kamtschatka, wo heiraten „attraper une fille“ genannt wird. Lubb. 89. In Grönland lässt der Bräutigam die Braut durch alte Weiber fangen und gewaltsam zu sich einbringen. Post, Anf. 213. Klemm I, 43. Zu nennen ferner Lappen und Finnen, Dühringsfeld, Hochzeitsbuch 11. Korjäken in N.-O.-Asien, Peschel, Völkerkunde 236. Turkmenen, Vambery, Reise in Mittelasien. Lpz. 1865. S. 159. M'Lenn. 23, 26. Kalmücken, M'Lenn. l. c. und andere Hirtenvölker: Aenezas (Beduinen). Auf Malakka verfolgt der Mann seine Braut in einem umstehenden Kreis von Stammgenossen. Sie bleibt ihm versagt, wenn er sie nicht erhascht. Vgl. den bei Schmidt, Jus primae noctis (1882). S. 324 angeführten Bericht Mikluho Maclays üb. die Orang Sakai auf Malakka:

Digitized by Google

nomaden ein rasendes Wettrennen, bei welchem das Mädchen dem unwillkommenen Bewerber entrinnt.[1])

Anderwärts flüchtet das letztere in das Haus von Verwandten oder in den Wald, verbirgt sich dort und muss mit mehr oder minder Gewalt heimgeführt werden.[2])

Besonders interessante Entführungsspiele erheitern die Hochzeiten der Futa und Mandingos[3]) in N.-W.-Afrika, zu Sockna (Fez), in Nord-Arabien[4]), bei den Khonds in Indien[5]) und den Mosquitos in Mittelamerika.[6]) Nur was über letztere berichtet wird wiederholen wir, da Bancroft's grossartiges Werk nicht nach Verdienst bekannt und zugänglich ist. „Die Dorfbewohner", heisst es darin „speciell die alten Männer geleiten den Bräutigam zum Haus der Braut. Der Bräutigam bringt Geschenke, allein die Türe des Hauses wird erst nach langen Ceremonien geöffnet. Nun gewahrt man im entferntesten Winkel die in festliche Gewänder gehüllte Braut. Alle betrachten die Geschenke des Bräutigams, indessen stürzt dieser plötzlich ins Haus, hebt das Mädchen gleich einem Sack auf seine Schulter und flieht mit ihr, ehe man ihn aufhalten kann, unter wütendem Geschrei der Weiber, nach einer kleinen in einem Kreis von Steinblöcken errichteten Hütte. Die Weiber, welche diesen Ring nicht überschreiten dürfen, stehen, Verzweiflungsrufe ausstossend, ausserhalb desselben, während die Männer im Ring mit dem Gesicht nach auswärts am Boden kauern. Die Hütte wird Abends bei Fackelschein vom Volk zerstört und enthüllt das friedlich darin sitzende Paar, worauf der Mann sein junges Weib wieder am Rücken heimträgt." So scherzhaft das ganze Spiel auch ist, die Beziehung auf die Entführung wird doch niemand verkennen. Andere auf die nämliche Quelle deutende Sitten sind z. B.: Das Verbot für Frauen, den Hofraum unbegleitet zu verlassen, da sie ausserhalb desselben

---

„there is, as I was told, a custom among the Or. S. of Pahang, according to which the man on a certain day must catch the girl in the jungle before wittnesses after a considerable start has been given her. If he fails to catch her, he is not allowed to woo her a second time."

[1]) Vambery a. a. O. M'Lenn. 23, 26.

[2]) Bei den Mongolen überh. Lubb. 89, Mazeyne Beduinen, M'Lenn. 319. Aeta auf den Philippinen; Indianerstämmen: Oleepa in Central-Californ. Bancr. I, 388: Der Bewerber sucht das Mädchen im Wald; wenn er sie zweimal nicht findet, ist er abgewiesen. Abiponern, Dobritzhofer II, 251. — europ. Finnen, Ausland 1879, S. 191.

[3]) Lubb., Enst. 95. [4]) Post, Anf. 212.

[5]) Peschel, Völkerk, 235. M'Lennan 20. [6]) Bancroft I, 733.

straflos angegriffen werden dürfen[1]), die Pflicht des Bräutigams die Braut am Rücken heimzutragen[2]), Verbot die Ehefrau anders als heimlich bei Nacht zu besuchen[3]), Pflicht der Neuvermählten einander blutig zu kratzen[4]), Abschiessen von Pfeilen über die Häupter der Neuzuvermählenden[5]), Verpflichtung des Bräutigams ein Gewehr vor den Füssen der Braut abzufeuern[6]), oder eine Harpune in das Dach ihres Hauses zu werfen[7]), Kampfspiel und kriegerischer Lärm bei der Hochzeit[8]), Erscheinen des Bewerbers vor dem Haus der Auserwählten im Schmucke des Krieges[9]), Verrammeln des Brauthauses, so dass der Bräutigam und seine Freunde, die zum Kirchgang resp. zur Heimführung kommen, lange harren, pochen, poltern müssen, ehe sie Einlass finden.[10]) . . . .

Combinationen solcher Symbole untereinander und mit wirklichem Raub finden sich sehr häufig, nirgends aber in solchem Umfang wie bei Lappen und Finnen. Wirklicher Raub war dort an der Tagesordnung. Die Braut spielte die traurige, unglückliche, wurde zur Kirche mehr geschleppt als geführt und lange zum Jawort genötigt.[11]) Der Bräutigam fand die Türe des Brauthauses versperrt; der Hausherr trieb die Hochzeitsgäste zu wiederholten Malen gleich Feinden aus dem Haus, die junge Frau leistete Widerstand gegen Anlegung des Reiseanzugs. Darauf erhob man Kampfeslärm und Tumult und eine Scheinflucht des Weibes wurde in Scene gesetzt. Dasselbe wurde endlich in seinem Schlitten festgeschnallt und dieser an den Schlitten des Bräutigams gebunden.[12]) . . . .

Noch eine merkwürdige Sitte soll hier erwähnt sein, die gleichfalls auf den Frauenraub zurückgeführt wird: Das Verbot des Verkehrs der Frau mit ihren Eltern, beider Gatten mit den Schwieger-

[1]) Tungusen und Kamtschadalen, Lubb. 89.

[2]) Mixteken in Mexiko. In einer Stadt daselbst soll es gestattet gewesen sein, das erste beste Mädchen vor der Kirchentür zu ergreifen um es zu heiraten! Klemm I, 206.

[3]) Bei Indianerstämmen. Lafiteau Moeurs des sauvages américains. Paris 1724 (2 Bde.) I, 575.

[4]) In St. Miguel (Californien) Waitz IV, 243. [5]) Sioux (l. c. 104).

[6]) Berbern in Marokko, Post, Geschl. 60.

[7]) Makaws N.-Am., Bancr. I, 218.

[8]) Tongainseln, Klemm I, 179, Afghanen, Post, Geschl. 59.

[9]) Wyandots N.-Am. Schoolcraft. The American Indians Buffalo 1851. p. 72. Guarayos S.-Am. Waitz III, 217.

[10]) S. oben Mosquitos, ferner auf N.-Guinea, Waitz VI, 632.

[11]) Düringsfeld, Hochzeitsbuch 11. [12]) Globus XXII, 51 f.

eltern. Der Schwiegervater war eben ursprünglich Feind und Verkehr mit seinem Hause vor einer Versöhnung mit ihm ausgeschlossen. Bastian[1]), Kulischer[2]), Andree[3]) bieten reichhaltige Übersichten dieses Verbotes. Die das Phänomen beherrschende Gedankenverbindung mit dem Frauenraub erhellt u. a. aus dem Benehmen der Schwiegermutter bei der araukanischen Hochzeit. Bekanntlich ist diese mit einer Scheinentführung verbunden. Kehren die Neuvermählten nach drei Tagen aus dem Walde zurück, so werden sie mit einem Festgelage empfangen. Die Schwiegermutter aber stellt sich erzürnt und kehrt dem Schwiegersohn den Rücken. Dies ist ein Ehrenpunkt und wechselt sie bisweilen selbst Jahre lang nicht ein Wort mit ihm.[4]) Die Verbreitung des Verbots, die Schwiegereltern resp. Kinder anzusprechen oder auch nur anzusehen umfasst Völker aller Weltteile[5]) und ganze Menschenrassen: Australier, Papuas, Chinesen und Mongolen, Indianer. Selbst busslos tödten dürfen soll der Schwiegersohn die Schwiegermutter bei den Modoc-Indianern[6]); Herabreissen der Kleider vom Leib ist bei den Sioux[7]) Strafe desjenigen, der gewagt hat den Namen des Schwiegervaters oder der Schwiegermutter auch nur auszusprechen, oder gar sie anzusehen oder anzureden. Der Inhalt des Verbots ist ausserordentlich gleichförmig, wenn es sich auch bei einigen Völkern allgemein auf das Verhältniss zwischen Schwiegereltern und Kindern,

---

[1]) Rechtsverhältnisse, 176 f., auch Lubb., Entst. 10 f. und Giraud Teulon Origines 124 f. [2]) a. a. O.

[3]) Ethnographische Parallelen unter „Schwiegermutter", S. 158 ff.

[4]) Waitz III, 516.

[5]) Indianer im Allgemeinen, Waitz III, 105, bes. aber Lafiteau I, 575. Speciell genannt werden in N.-Am.: die Sioux, Assineboin, Krähenindianer, Californier, Crees, Mandan, Omaha, Panuco, Ind. von Florida. Mittel-Am.: Cariben. S.-Am.: Araukaner, Abiponer, Brasilianer, Guaycuru, Arowaks. — In Australien: Die Festlandaustralier, Fidschiinsulaner, Papuas. Über diese vgl. bes. Ausland 1880. S. 128: Kinder befreundeter Familien werden verlobt; mit dem Moment der Verlobung hört jeder Umgang der beiden Familien auf. Man darf sich gegenseitig nicht ansehen; die Verlobten nicht miteinander sprechen. — Afrika: Beni-Amer, Tylor, Urgesch. d. Menschheit (Lpz., A. Abel). S. 369. Barea, l. c. Kaffern, Buschmänner, Basuto. Mittelafr.: Darfur, Poulh. — Asien: Dayaks auf Borneo (Tylor 368), Aetas auf d. Philippinen, Bezirke von Hindostan. China: Die Frau meidet ihre Schwiegermutter, der Schwiegervater die Schwiegertochter. Sie verstecken sich vor einander — dürfen sich nicht sehen. Georgien, Kirgisen, Tartaren, Ostjäken, Mongolen, Kalmücken, Osseten. Europa: Vermutlich die alten Römer. (siehe unten).

[6]) Bancroft I, 351. [7]) Schoolcraft, Stat. and hist. Inform. II, 196.

bei andern auf das zwischen Frau und Schwiegervater, oder Frau und Schwiegermutter oder Schwiegersohn und Schwiegermutter bezieht. Überall die gleiche Scheu sie zu nennen, anzusehen, anzusprechen. Eine bessere Erklärung, als die durch den Frauenraub, wird schwerlich je gelingen. Die Ursache einer so sehr verbreiteten Sitte muss mächtig und allgemein gewesen sein, wie die Ehe durch Raub, auch ist das Zusammenbestehen beider in so vielen Fällen erweisbar, dass ein ursprünglicher Zusammenhang des Meidens der Schwiegereltern mit dieser Ehe auch dort vermutet werden darf, wo Frauenraub aufgehört hat Form der Eheschliessung zu sein.

Frauenraub als Eheschliessungsform bei den arischen Völkern.

Teilen wir die arischen, nichtgermanischen Völker in die zwei Klassen je nachdem der Frauenraub bei ihnen Eheschliessungsakt oder bloss Hochzeitsspiel ist und die erste Klasse je nach der mangelnden, nachträglichen oder vorhergehenden Zustimmung des Gewalthabers der Entführten, so erhalten wir die folgende Anordnung:

I. 1. Inder, Slaven.
   2. Slaven, Lithauer, Neugriechen der jon. Inseln, Osseten im Kaukasus.
   3. Altgriechen, Römer, Slaven.

II. Kelten, Slaven, Moldauer und Walachen, Romanische Völker.

Unter den Slaven sind beide Klassen und alle drei Stufen der ersten Klasse vertreten. Die Slaven ragen demnach in Bezug auf die Ehe durch Raub unter den Ariern ebensosehr hervor, wie die Arier unter den übrigen Menschenstämmen. Die ersteren verdienen den Namen des klassischen Stammes der Ehe durch Raub, was sich nicht zum wenigsten aus der bedeutenden Verschiedenheit der Kulturstufen erklärt, auf welchen die slavischen Völker bis auf unsere Tage stehen. Wir können in Bezug auf die Slaven ebensowenig wie in Bezug auf die übrigen nicht germanischen Arier die monographische Ausführlichkeit einer bloss aus ersten Quellen geschöpften Schilderung auch nur erstreben. Unser Zweck ist specieller Nachweis der Verbreitung der Raubehe in ihren Formen, als inductive Grundlage für Beurteilung der germanischen Quellen. Überdies liegt dieser Zweig der Völkerkunde noch insoweit brach, dass selbst ein nicht vollständiges Bild als Grundlage speciellerer Studien willkommen sein dürfte.

Digitized by Google

I.

1. „Tatsache ist“, sagt Kohler, „dass noch Manu und Yâjnavalkya den Frauenraub als eine (wenn auch meist verwerfliche) Eheschliessungsform kennen.[1])“ Im Gesetze Manus heisst es: „Die gewaltsame Entführung eines Mädchens aus ihrem Hause, wobei sie schreit und um Hilfe ruft und ihre Verwandten und Freunde im Kampfe getödtet oder verwundet und ihre Häuser erbrochen werden, ist die Rakshasha genannte Ehe. Diese Gefangennahme des Mädchens nach Überwindung ihrer Verwandten, ist eine den Kriegern gestattete Ehe.[2])“

Nach Turner[3]) war auch bei den Slaven Entführung eines Mädchens anerkannte Form der Eheschliessung. Doch zieht sie, der kriegerischen Natur der Balkanvölker zufolge, dort gewöhnlich blutige Kämpfe der Entführer mit den Verwandten und Freunden des Weibes nach sich. Der Räuber wird eifrig verfolgt und zur strengen Verantwortung gezogen, darf sogar getödtet werden, wenn sich die Entführte nicht für ihn erklärt. „Will sie aber seine Frau werden, so hat es dabei sein Bewenden. . . Kann man dem Brauträuber nicht beikommen und verbleibt die Geraubte später freiwillig bei ihm als Frau, so wird die Ehe zwar rechtsgiltig, die geraubte Frau erhält jedoch in keinem Fall irgend eine Ausstattung oder Erbschaft von ihrer angestammten Familie.“

Noch im Beginn dieses Jahrhunderts soll es in Serbien Brauch gewesen sein, Mädchen aus dem Nachbardorfe aufzulauern und sie zu entführen, wenn sie gingen die Heerde zu hüten oder Wasser zu holen; oder gar einen bewaffneten Überfall auf ihr Heimathaus auszuführen, wobei ihre Freunde und Verwandten gebunden und geknebelt wurden. „Dabei waren auch Morde sehr häufig, denn die überfallende Partei war entschlossen, sich eher todschlagen zu lassen, als das Mädchen herauszugeben. Beim Überfall pflegten auch alle Einwohner des Dorfes, zu dem das Mädchen gehörte, an dem Kampfe teilzunehmen.“[4]) Wer dächte da nicht an die Rakshasha genannte Ehe?

---

[1]) Kritische Vierteljahrschr. für Gesetzgebung u. Rechtswiss. Neue Folge IV S. 165. Mit der von Kohler versuchten Erklärung der Entstehung der Raubehe und der Endogamie können wir uns nicht einverstanden erklären. Die Abhängigkeit des Mannes von der Familie der Frau, wie sie bei der Amil-Anakehe auf Sumatra hervortritt, ist ein weder mit der Endogamie notwendig verbundenes, noch durch die Exogamie ausgeschlossenes Verhältniss, da letztere im Verein mit dem Mutterrecht bekanntlich bald genug Heiraten im Heimatsort ermöglicht und nach sich zieht. Andere Erklärungen s. bei M'Lennan und Gir.-Teul.

[2]) M'Lennan 63 f. [3]) Turner, Slavisches Familienrecht, Strassb. 1874. S. 20.

[4]) Die serbischen Volkslieder enthalten lebensvolle Beschreibungen ähnlicher Entführungskämpfe.

Die Giltigkeit der ohne Vorwissen der Eltern von dem Mädchen freiwillig eingegangenen Ehe, wird vom montenegrinischen Gesetz § 70 ausdrücklich anerkannt. Dasselbe gilt vom polnischen Rechte des Mittelalters, wenn auch in diesem wie im vorhergegangenen Fall die kirchliche Einsegnung der Ehe gewiss als wesentlich oder sehr wünschenswert nachgeholt wurde. Der Fortschritt gegenüber der indischen Kriegerehe liegt in grösserer Rücksicht auf die Zustimmung des Mädchens, während die des Mundwalds nicht unentbehrlich war.

Ein Statut Kasimir d. Gr. „De raptu virginum"[1]), bestimmt: „Filia vero, sine voluntate parentum raptori consentiens, vel se procurans recipi a raptore, postmodum matrimonialiter fuerit copulata nihilo minus dote amittat, ita quod parentes seu amici ejus non tenentur. Eine andere Verordnung desselben Königs für Krakau aus dem Jahre 1336[2]) § 9 bedroht denjenigen „quicumque in ipsa Civitate Cracoviensi virginem vel viduam rapuerit, vel ipsam per violentiam receperit", mit beständiger Verbannung aus der Stadt. So lange der Entführer lebt, soll die Entführte keinerlei Recht auf ihr väterliches Erbteil oder sonstige ihr gesetzlich zustehende Erbschaften ausüben dürfen. Auch ihre Kinder sollen bei Lebzeiten des Vaters des Genusses ihres mütterlichen Erbes darben. Erst nach dem Tode des Entführers treten seine Frau und Kinder in die vorenthaltenen Rechte ein, und erhalten die erwähnten Erbschaften. Auf Verlobung mit einer Jungfrau oder Wittwe ohne Rat und Zustimmung der Eltern und nächsten Freunde und auf nachfolgende Heirat stand zehnjährige Verbannung des Mannes aus der Stadt, für die Entführte die Drohung „per eosdem Decem Annos ad hereditatem propriam et bona omnia mobilia et immobilia nullum Jus habetit." § 11 aber setzt hinzu: „Hoc autem in Pauperibus et amicis carentibus nullatenus obseruetur, sed contra hanc et Sibi invicem promittant prout placet." Das grosspolnische Statut § 20, die masowischen Statuten des Fürsten Johann von Czersk vom Jahre 1386, welche im Jahre 1421 erneuert wurden, enthalten ähnliche vermögensrechtliche Bestimmungen. Die letzteren speciell gestatten den Eltern oder Verwandten den Frauenräuber zu verfolgen und zu tödten. Entkam derselbe, so musste er sich anstatt der Aussteuer mit dem begnügen, was die Geraubte am Leibe

---

[1]) Burzyński. Poln. Privatrecht. Bd. II., S. 89 f. cit. bei Turner.

[2]) Monumenta medii aevi hist. res gestas Poloniae illustrantia. T. VII. Cracov. 1882 p. 372.

[3]) Lud Polski jego zwyczaje i zabobony. Warsz. 1830.

hatte. Hingegen musste derjenige, der für sich oder einen andern ein Mädchen raubt, sie selbst mit einer, dem Vermögen ihrer Eltern angemessenen Aussteuer versorgen, auf welche jedoch, wenn sie verwittwete, nicht sie selbst, sondern ihre Verwandten Anspruch haben sollten.[1])

Der Ehe durch Entführung war somit in Polen ein weiter und sicher ausgiebig benützter Spielraum geboten. So noch später: „In alten Zeiten" sagt Gołebiowski, dem wir die Verantwortung der Nachricht überlassen, „wenn ein Fest im Dorf gefeiert wurde und auch die Herren dabei waren, geschah es, dass ein Knecht, wenn es ihm gelang, ein Edelfräulein zu rauben, mit ihr in den Wald floh und sich 24 Stunden hindurch verborgen hielt. Wenn das Fräulein nun einwilligte, wurde es seine Frau; wenn man aber den Bauer vor Ablauf der 24 Stunden fing, verlor er ohne Process den Kopf." . . .[2])

Strenger als die polnischen Statuten, den späteren Capitularien genähert, war das czechische Landrecht, welches jede durch Raub mit oder ohne Zustimmung des Weibes geschlossene Ehe für nichtig erklärte und die Schuldigen mit Todesstrafe bedrohte. Nach czechischen Stadtrechten begründete hingegen Raub eine Ehe, wenn die Geraubte freiwillig beim Entführer blieb. Auch hier verlor sie zur Strafe das Recht auf Aussteuer, sie hätte denn bewiesen, ohne ihre Einwilligung geraubt worden zu sein.[2]) Die Übereinstimmung der slavischen Rechte in dieser Beziehung ist so gross, dass die Vermutung berechtigt erscheint, schon vor ihrer Trennung hätten die Slaven Raubehe zwar anerkannt, aber auch damals schon durch die späterhin so allgemeinen, vermögensrechtlichen Nachteile hintanzuhalten getrachtet.

Im ältesten russischen Recht ist eine Sanction der Ehe durch Raub zwar nicht erhalten, Zeugniss ihrer Existenz gibt aber bereits die Geschichte des Grossfürsten Wladimir, der Ragwalds Tochter, obwol sie seine Werbung verächtlich abgewiesen hatte, keineswegs fahren lässt, vielmehr (im Jahre 980) gegen Ragwald zu Felde zieht, ihn erschlägt, und sich die Tochter zum Weibe beigesellt.[3])

2. Das Werk des Erzbischofs Olaus Magnus: Historia de gentibus septentrionalibus. Romae 1555 L. XIV, c. IX p. 481 enthält folgende interessanten Zeugnisse des damaligen Rechtszustandes:

---

[1]) Maciejowski, A. W. Historya prawodawst słowiańskich. Wyd. 2. Warsz. 1859. t. III p. 21, § 20; p. 32, § 29: daselbst die Quellencitate.

[2]) Maciejowski l. c. p. 136, § 125.

[3]) Ewers, Das älteste Recht der Russen. S. 109.

„Moschovitae autem, Rutheni, Lithuani, Liuonienses, praesertim Curetes . . . quos ritus maxime plebeiae conditionis in nuptiis celebrandis observent, quoniam matrimonia absque sponsalibus per raptum virginum saltem contrahant, paucis hic ostendetur . . . hae nationes legitima connubia fore, pro gentis consuetudine plane sibi persuasum habent, dum virgines, insciis parentibus, infelici auspicio, aut aliis, parentum loco constitutis rapiuntur. Quicunque enim paganorum sive rusticorum, filius suus uxorem ut ducat in animo habet, agnatos, cognatos, caeterosque vicinos in unum convocat, illisque talem illo in pago puellam nubilem versari, quam rapi et suo filio in conjugem adduci proponit. Hi commodum ad hoc tempus expectantes, equites suo more unius ad aedes conveniunt, posteaque ad eam rapiendam proficiscuntur. Puella autem, quoad matrimonii contradictionem libera, ex insidiis opera exploratorum ubi moretur per eos direpta, plurimum eiulando opem consanguineorum amicorumque ad se liberandam implorat: quod si consanguinei vicinique clamorem istum exaudierunt, ipso momento armati adcurrunt, atque pro ea liberanda proelium comittunt ut qui victores ista in pugna extiterint, his puella cedat.“ Der Gebrauch erforderte jedoch Zustimmung der Eltern des Mädchens vor Vollziehung der Ehe, was allerdings nicht genau genommen werden mochte, daher die fortwährenden, von Magnus erwähnten Kämpfe der nördlichen Völker: „Propter raptas virgines aut arripiendas.“ M'Lennan, der gleichfalls den grösseren Teil dieser Stellen anführt, citirt ausserdem den „Seignor Gaya“ der in seinem Werke: Marriage Ceremonies (2 nd. ed. Lond. 1698 p. 30) bestätigt, zu seiner Zeit habe in Polen, Teilen Preussens, Samogitien und Lithauen die Sitte der Ehe durch Raub — wie Olaus sie beschreibt — bestanden.[1]) Was die Russen betrifft, liefert für das frühere Mittelalter Saxo Grammaticus eine Art von Bekräftigung des nämlichen Factums. Frotho III., König von Dänemark überwindet die Russen (Ruthenos) und befiehlt ihnen „ex imitatione Danorum“: „ne quis uxorem nisi emptitiam duceret, venalia siquidem conjugia plus stabilitatis habitura censebat, tutiorem matrimonii fidem existimans, quod praetio firmaretur. Praeterea si quis virginis stuprum vi petere ausus esset, supplicia abscissis corporis partibus lueret, alioquin mille talentis . . . injuriam pensaturus.[2]) Die Geschichtsforschung wird zu untersuchen haben, wie viel Wahres oder Falsches an diesen Nachrichten ist und ob sie, wie es den Anschein hat, auf den Frauenraub und den später daraus hervorgegangenen Frauenkauf Bezug nehmen. In

[1]) Studies 54 f. [2]) Hist. Dan. Sorae 1664. Lib. V, p. 85.

Digitized by Google

den Fabeln Saxo's birgt sich gewöhnlich ein Kern von Wahrheit; so wol auch hier, wenn man gleich das Rauben von Frauen in Russland auch fernerhin übte. Jedenfalls haben — dafür sprechen mancherlei Beweise — inbetreff der Kaufehe die Slaven nicht, wie behauptet wurde eine Ausnahme gebildet, ein Punkt, bei dem wir jedoch hier nicht länger verweilen können.

Die Balkanslaven sind immer noch rasch zur Tat, wenn es sich um Entführung handelt. Die Miriditen [1]), sowie die katholischen Bariaktaren (Standartenträger und Gemeinderichter, oft zugleich Häuptlinge der Albanesen) [2]) sollen nie untereinander Ehen schliessen, jeder Heiratslustige vielmehr eine Mahomedanerin aus einem Nachbarstamm rauben, die er taufen lässt und heiratet. Die Zustimmung der Eltern pflegt später hinzu zu kommen. Andere Slaven üben Frauenraub als subsidiäres Eheschliessungsmittel. In der Morlachai, wo früher die Entführung im Schwange war, raubt ein Jüngling häufig die Geliebte, wenn ihr Vater sie ihm weigert. Erklärt das Mädchen, nicht mit Gewalt, sondern mit freiem Willen entführt worden zu sein, so werden solche Fälle von den Gerichten mit Milde behandelt.[3]) Auch bei den Uskoken in Krain stürmte der abgewiesene Freier „das Haus seiner Erkorenen, ergriff diese ohne weitere Umstände und ritt mit ihr zum Popen oder Klostergeistlichen, welcher das Brautpaar sofort einzusegnen hatte. Dass es dabei zumeist nicht ohne blutige Kämpfe abging, ist leicht erklärlich. Dennoch gelang es den schärfsten Verboten erst nach Jahrhunderten, den Brauch des Jungfrauenraubes auszurotten.“ [4])

Die russischen altgläubigen Sektirer haben bis auf die Gegenwart Gebräuche verwandten Inhalts aufrecht erhalten. Der Liebhaber verständigt sich mit dem Mädchen und raubt es aus dem Haus der Eltern. Andere Mädchen fliehen insgeheim zu ihren Geliebten und nehmen dazu auch manches von ihres Vaters Habe mit. Endlich kommen Fälle vor, wo die Eltern selbst davon unterrichtet sind, sich aber nichtwissend stellen und solchergestalt bei dem Zustandekommen des Liebeshandels mitwirken.[5])

Mag sein, dass die bei Düringsfeld beschriebene Entführungssitte auf den jonischen Inseln gleichfalls slavischen, nicht althellenischen Ursprungs ist, da sie mehr mit den Gebräuchen der Balkanslaven, als der alten Griechen übereinstimmt. „Hat auf den jonischen Inseln sich ein junger Mann in ein Mädchen verliebt,

[1]) Lubb., Entst. 98. [2]) Ausland 1879 S. 95.

[3]) Düringsfeld, Hochzeitsbuch S. 77 f. [4]) das. 91.

[5]) Kulischer a. a. O. 208. Aus russischen Quellen.

das ihm die Eltern nicht geben wollen, so kommt es nicht selten zu blutigen Scenen, indem sich manchmal die ganze Dorfschaft gemeinsam aufmacht, um die Geliebte ihres Mitbewohners mit Gewalt zu entführen. Mitunter verlässt auch das Mädchen freiwillig das Elternhaus und flieht zu ihrem Geliebten, um ihn nicht wieder zu verlassen." [1]) . . .

Schliesslich ein Wort über die (arischen) Osseten im Kaukasus, bei welchen die gewaltsame Entführung allerdings mit dem Tode gleich einer Mordtat gebüsst wird, der Entführer eines Mädchens jedoch durch die Heirat der Busse entgeht. Er muss aber nachträglich den Brautpreis bezahlen. Ist die Entführte eine Frau, so zahlt er die volle Mordsühne für sie und für jedes mit ihr erzeugte Kind insbesondere [2]), eine an altgermanische Rechte lebhaft erinnernde Bestimmung.

3. An die Spitze verdienen hier abermals die Slaven gestellt zu werden, da es zweifelhaft ist, ob die sofort zu erwähnenden Entführungsbräuche die Zustimmung der Mundwälte voraussetzten oder nachfolgen liessen, in welch letzterem Fall sie unter 2. einzureihen gewesen wären. Nachdem aber die Mädchen zu Spiel und Tanz zusammenströmten um sich rauben zu lassen, ist es doch wahrscheinlicher, dass es nicht ohne Zustimmung ihrer Mundwälte geschah.

Von den wilden, heidnischen Derewlanen erzählt Nestor: ihnen sei wirkliche Ehe fremd, da sie die Jungfrauen gewaltsam rauben. Ebenso von den Radimicen, Wiaticen und Seweriern, sie hätten wahre Ehe nicht gekannt, seien vielmehr zu fröhlichen Dorffestlichkeiten zusammengeströmt, wo getanzt und gesungen wurde und jeder sich das Weib entführte, mit welchem er sich bereits zuvor einverstanden hatte.[3])

Spätere Nachrichten bekräftigen die Wahrheit der Angaben Nestors. Noch im Jahre 1720 sah sich die österreichische Regierung veranlasst den ungarischen Slovenen das Rauben von Mädchen zu verbieten, was sie gewöhnlich während der Jahrmärkte in Bihar und Krasnobrod taten, eine Sitte, die einen eigenen Namen: „otmica" führt.[4]) Noch jetzt feiert man in jenen Gegenden Frühlingsfeste, die den Burschen dazu dienen, sich die Gefährtin der Zukunft zu erkiesen.[5]) In Gegenden Serbiens soll die „Otmica" heute noch existiren [6]), bei den Grossrussen die nach Ostern beginnende Festzeit der „Krasnaja gorka", ein Überrest der gleichen Sitte sein.[7])

[1]) Hochzeitsbuch S. 56. [2]) Post, Anfänge 213.
[3]) Turner S. 20. [4]) Pruski, Obchody weselne. Krak. 1869. I, 280.
[5]) Düringsfeld. [6]) Nach Prof. Bestuzschew Rumin: Kulischer 197.
[7]) Düringsfeld S. 24.

Digitized by Google

Zur selben Stufe gehören die Griechen und Römer des Altertums. Bei ihnen tritt der Frauenraub minder scharf, weil nicht mehr durch Gesetz gebilligt und doch insoweit schärfer als selbst bei den Indern hervor, als seine Form, mindestens bei Spartern und Römern eine allgemeine ist, was eine ebenfalls allgemeine oder doch sehr intensive Übung wirklichen Raubs zur Voraussetzung hat.

Dionys (II, 30) lässt Romulus den Raub der Sabinerinnen damit rechtfertigen: es sei eine althellenische Sitte und Plutarch berichtet von den Spartanern: „Sie verschaffen sich ihre Frauen durch Raub.“ Die geraubte Braut wurde von der sog. Brautmutter übernommen und eigentümlich mit Männerkleidern ausstaffirt. Der Mann durfte sie nur Nachts verstohlen besuchen, dass niemand im Hause es merke. Jahre konnten verfliessen, bevor er seine Frau bei Tageslicht gesehen.[1]) Becker (Göll) hält sich auf Grund des citirten Satzes bei Dionys zum Ausspruch berechtigt, die Entführung der Braut sei jedenfalls ursprünglich allgemeine, griechische Sitte gewesen.[2]) Auch in Kreta scheint nach Plutarch Ehe durch Entführung vorgeherrscht zu haben.[3]) „Nach dieser Sitte ist die Hochzeit des Hades und der Kora gestaltet, nach ihr der Raub der Leukippiden zu beurteilen, welchen Pausanias (I, 182) Ehe nennt.“[4]) An Entführungsgeschichten sind dementsprechend die griechischen Sagen und Dichtungen überreich; der Krieg um Helena ist seinem Kern nach ein in jeder Heldenzeit normales Ereigniss, wie es sich, wenn man den Sagas Glauben schenken darf z. B. im skandinavischen Altertum unzählige Mal wiederholt hat.[5]) Aus dem Frauenraub als altnationaler Sitte erklärt sich auch die Erzählung Herodots VI, 65: Demarat macht sich Perkalos, des Chilon Tochter, des Leotychides Braut zu eigen, indem er sie früher raubt „φϑάσας ἁρπάσας.“[6]) Er kam eben dem Bräutigam zuvor, setzte sich an seine Stelle. Selbst von Versorgung ganzer Kolonien mit Frauen am Weg von Raubzügen und Kriegsgefangenschaft, wobei man Väter und Männer der Entführten erschlug, weiss die griechische Sage zu erzählen.[7]) Auch das griechische Wort für Gattin δάμαρ deutet auf ursprünglich allgemeine Raubehe: δάμαρ ist Feminin zu δμώς, welches den durch Kriegsraub erworbenen, also gebändigten Sklaven bezeichnet.[8]) Damit stimmt das attische Gesetz: Wer einem Mädchen

[1]) Lycurgus c. 15. [2]) Charikles ed. 1878. III, 368.
[3]) De puerorum educ. c. 15. [4]) Vgl. die Belege bei M'Lenn. 65 f.
[5]) S. daselbst.
[6]) Welcker, Über eine kretische Kolonie in Theben. Bonn 1824. S. 70 Note.
[7]) S. die drei Sagen bei Bachofen, Mutterrecht p. 31, 81, 85.
[8]) Leist, Civilist. Studien IV, 1877 p. 41 Note (nach Curtius).

Gewalt angetan, soll sie ehelichen, wenn auch dieses Gesetz für sich allein keinen Beweis bilden würde.[1]) „Entehrung einer Jungfrau galt den Hellenen nur als Eingriff in fremde Rechte, der durch nachfolgende Heirat völlig ausgeglichen oder nur als leichtere Injurie bestraft wurde.“ [2]) In Byzanz zog der Raub eines Mädchens geradezu die strafweise Verpflichtung nach sich sie zu ehelichen: *„εἰ τις ἁρπάσας παρθένον φθάσειεν ποιήσας γυναῖκα, γάμον ἔχειν ζημίαν.“* [3]) Nicht bestimmbar ist jedoch, inwiefern eine Praxis des auf diese Weise zum Eheschliessungsmittel erhobenen Frauenraubes in Byzanz lebendig gewesen. Soviel über die Griechen.[4])

Bei den alten Römern war die Hochzeitsfeier vom Charakter der Gewaltsamkeit durchdrungen. In ihren Hochzeitsscherzen und Ceremonien lag eine so frische Erinnerung an den ursprünglichen ehernen Ernst, dass man Anstand nahm, Hochzeiten an Ferialtagen zu feiern, weil es Frevel war an solchen Tagen jemand Gewalt anzutun und doch bei der Hochzeit die Jungfrauen Gewalt zu leiden scheinen.[5]) In der Tat war die römische Braut von Anfang bis zum Ende des Festes dem Anschein nach wehrloses Opfer brutaler Übermacht.

Die Heimführung erfolgte Abends, wenn der Abendstern am Himmel aufging. Das Mädchen hielt sich fest an ihrer Mutter oder nächsten weiblichen Verwandten, wurde von lärmender Schaar überfallen und vom Schooss der Beschützerin weggerissen: Rapi simulatur virgo ex gremio matris aut si ea non est, ex proxima necessitudine, cum ad virum trahitur, quod videlicet ea res feliciter

[1]) Kulischer a. a. O. S. 195; nach Petitus Legg. Atticae VI, tit. 1—4.

[2]) Plutarch Sol. 23. Hermann Symb. ad doctr. iur. Att. de iniur. act. Gott. 1847 p. 25 sq. und Plut. üb. Menanders Komödien. Qu. sympos. VII 8, 3, p. 712: *„αἱ δὲ φθοραὶ των παρθένων εἰ γάμους ἐπιεικῶς καταστρέφουσι“* cit. bei Hermann, Lehrb. der griech. Privataltertümer, herausg. von Blümner 1882. S. 253.

[3]) das. aus Achill. Tat. II, 13.

[4]) Über die Griechen vgl. noch Müller K. O. Dorier. 2. Aufl. 1844 II, 278 und Becker, Charikles ed. Göll Berl. 1878, III 377 f. Bezug auf Abwehr des Frauenraubs mag die Sitte gehabt haben, dass die Tür des Brautgemachs während der Brautnacht ein Freund des Bräutigams besetzt hielt, angeblich um die Frauen abzuhalten, die etwa der Braut zu Hilfe kommen wollten. Man hat die Darstellungen auf Vasen, wo ein junger Mann ein Weib verfolgt oder gewaltsam umfasst hält, als Zeugnisse für die Entführungssitte angeführt. Göll glaubt, sie hätten nur gewisse mythologische Fabeln, nicht einen Brauch des Volkes zum Gegenstand.

[5]) Macrob. Sat. 1, 15: „Feriis autem vim cuiquam fieri piaculare est, ideo tunc vitantur nuptiae, in quibus vis fieri virginibus videtur.“

Digitized by Google

Romulo cessit.[1]) Am Wege sträubt sie sich, weint und zögert zu gehen, während ihre Begleiter passende, oft derbe Lieder singen, nicht selten mit directer Bezugnahme auf den vollzogenen Akt des Raubes z. B. „Rapis teneram ad virum virginem o Hymenaee . . tu fero juveni in manus floridam ipse puellulam dedis e gremio suae matris“, oder: „Hesperus, welcher der himmlischen Sterne ist grausamer als du, der du die Tochter aus der Mutter Armen reissest und die keusche Jungfrau dem glühenden Jünglinge preisgibst. Was tun die Feinde schlimmeres, die eine Stadt erobert haben.“ An der Türe suchte die Braut zum letzten Mal Widerstand zu leisten, wurde aber von den Entführern mit Gewalt über die Schwelle gehoben und noch im Haus an den Armen festgehalten. Das Haupt der Braut wurde mit einem roten Schleier umhüllt, daher „nuptiae“, „nupta“. Darf man der slavischen Analogie Glauben schenken, so steht auch das mit der Entführung im Zusammenhang. Marquardt weist wol darauf hin, alle Frauen hätten beim Ausgehen Schleier getragen[2]), das Verhüllen der Braut musste aber ursprünglich (ausser der Farbe des Schleiers) etwas eigentümliches an sich haben, da sonst der Name „nuptiae“ unerklärlich wäre. Die coelibaris hasta, das Lanzeneisen, womit die Haare der Braut zusammengesteckt wurden, sowie der Hochzeitsruf talasse, der sich merkwürdiger Weise im heutigen Rumänien wiederfindet[3]) und nach Gellius den Namen eines glücklichen Frauenräubers, nach Mercklin ein cognomen des Consus bedeutet, an dessen Feste die Sabinerinnen geraubt wurden, hat man in alter und neuer Zeit mit der Raubehe in Verbindung gebracht.[4]) Sollte die Tatsache, dass die

---

[1]) Festus ed. Mueller p. 289, sub. v. Rapi. Dass die Heimführung bei Nacht stattfand, darüber ebenfalls Festus unter „Patrimi“ p. 245. Irrtümlich ist es mit M'Lennan (p. 19) den bei Apulejus De asino aureo 4. Buch vorkommenden Jungfrauenraub für Schilderung einer Heimführung anzusehen. Auffallend ist allerdings, dass den Räubern, welche die ihren Bräutigam erwartende Braut entführen, kein Widerstand entgegengesetzt wird, allein der weitere Verlauf beweist, dass sie nicht Freunde, noch Abgesandte des Bräutigams waren. Dieser selbst, noch im Festesschmuck, verfolgt sie, wird im Kampf mit ihnen erschlagen und das Mädchen weiter fortgeführt. — In Sardinien wird gegenwärtig noch auf ein gegebenes Signal die junge Gattin (nach der Trauung) aus den Armen der Eltern gerissen und auf ein reich geschirrtes Pferd gesetzt, welches aber von einem ihrer Verwandten am Zügel geführt wird. Dür. 96. In Sicilien durfte ehemals der Bischof die Trauung mit einer Entführten nicht weigern l. c.

[2]) J. Marquardt, Handb. d. röm. Altertümer. Das Privatleben der Römer I. Leipz. 1879. S. 43.

[3]) Düringsfeld 54.

[4]) Über den Ruf talasse Marq. 52, über die coelib. hasta ders. S. 44.

römischen Frauen bei der Beschränkung auf den Umgang mit der Familie einen besonderen, altertümlichen Dialekt bewahrten[1]), auf den nämlichen Ursprung zurückzuführen sein?

Die Römer selbst sahen ihre Hochzeitsgebräuche als Gedenkfeste des Raubs der Sabinerinnen an. Die Gedankenverbindung zwischen Raub und Entführung muss in der Tat eine sehr enge gewesen sein, da noch der Kirchenvater Tertullian findet, der Raub der Sabinerinnen sei eine rechtschaffene Tat gewesen, „welche ja heute noch bei den Römern für erlaubt und rechtmässig gilt.“[2]) Schwegler dagegen bemerkt wol mit Recht: „Nicht die römischen Hochzeitsgebräuche sind aus jenem angeblichen Factum, sondern jenes angebliche Factum ist aus den römischen Hochzeitsgebräuchen und dem römischen Ehebegriff abgeleitet. Weil die Ehe dem Römer als Raub galt, so mussten die ersten Ehen, die in Rom geschlossen worden sind, durch Raub zu Stande gekommen sein.“[3]) Immerhin wird es dahingestellt bleiben, ob die Sage einer factischen Grundlage entbehre oder nicht; ob die Römer nicht in vorhistorischer Zeit wirklich die meisten Frauen aus dem benachbarten Sabinerland raubten, was ja aus mehr als einem Grunde wahrscheinlich ist.

II.

Die Sagen und Sitten der Kelten reichen bis zur dritten, ja sogar zur ersten Stufe zurück. Ihren alten Heldengedichten gilt es nicht als anstössig, wenn die Tochter den Recken ehelicht, der ihren Vater erschlagen[4]) und nach alter Tradition sollen die Picten den Gaelen ihre Weiber geraubt haben, so dass diese gezwungen waren Heiraten mit den Urbewohnern des Landes einzugehen.[5])

„In Irland fand noch gegen Mitte dieses Jahrhunderts die Werbung gewaltsam d. h. durch Entführung statt. Meist ist allerdings das Vergeben der Mädchen ein Handel für den Vater, der sich dabei so knauserig als möglich zeigt. Die Entführungen wurden früher nicht so ernst genommen wie jetzt. Der Bräutigam war in den bergigen Distrikten sogar ehrenhalber gezwungen mit

[1]) das. 57. Die ausführlichsten, auch im Obigen benützten Angaben über Entführung bei der röm. Hochzeit bei Aug. Rossbach, Untersuchungen über die röm. Ehe. Stuttg. 1853. SS. 329, 336 f., 359 u. Note 1215.

[2]) Welcker l. c. [3]) Schwegler, Röm. Gesch. 1853. I 468, 470 f., 477.

[4]) So im Lied von Laudine und Iwein und den epischen Erzählungen von Lanzelot. Gervinus, Gesch. der deutschen Dichtung 5. Aufl. I, 447, 449.

[5]) M'Lennan 68.

Digitized by Google

der Geliebten durchzugehen, auch wenn nicht die mindeste Notwendigkeit dazu vorlag." War der Kaufvertrag abgeschlossen, so „ritt am Tage der Heimbringung der Bräutigam mit seinen Freunden der Braut bis an den Ort entgegen, wo der Vertragsabschluss erfolgt war. Die Begleiter der Braut sahen sich dabei durch kurze Wurfspiesse begrüsst, welche zwar aus grosser Entfernung geschleudert wurden, aber doch zuweilen Schaden anrichteten und desshalb allmälig ausser Gebrauch kamen."[1]) Wir übergehen einige minder charakteristische, schottische Überlebsel des Frauenraubs[2]) und erwähnen nur noch die Sitte von Wales, wo der Bräutigam mit seinen, gleich ihm berittenen Freunden am Hochzeitstage die Herausgabe der Braut verlangt, welche ihm jedoch von ihren Anhängern rund abgeschlagen wird. Darauf folgt ein hitziger Scheinkampf; die Braut, zu Pferde hinter ihren nächsten Verwandten wird weggeführt und unter lautem Geschrei vom Bräutigam und seinen Begleitern verfolgt. Bei solchen Gelegenheiten sieht man oft 200 bis 300 stämmige Briten in schnellstem Ritte dahinjagen . . . sind sie und ihre Pferde ermüdet, so wird dem Bräutigam gestattet die Braut einzuholen, worauf er sie im Triumph mit sich führt und Lust und Festlichkeiten folgen.[3])

Die Slaven haben sich die Erinnerung der Raubehe am lebendigsten erhalten. Bei den Uskoken in Krain musste fingirter Raub stattfinden, wo wirklicher fehlte. „Der Brautführer kam zu Pferde vor das Haus der Braut, hob sie vor sich auf den Sattel, verhüllte ihr den ganzen Kopf mit einem Tuch, damit sie den Rückweg zum elterlichen Haus nicht mehr finde, und sprengte zur Kirche, wo der Bräutigam ihrer harrte."[4]) Bei den Slovenen erfolgt der Aufbruch vom Brauthaus um Mitternacht, Freudenschüsse knallen von beiden Seiten, unter tollem Geschrei wird die Braut aufs Pferd gehoben und jagt, von keinem einzigen ihrer Verwandten begleitet, mitten unter den Freunden des Bräutigams von dannen.[5]) In Krain, wo schon bei der Werbung und den dabei dargebrachten Ständchen arge Prügeleien zwischen den Burschen verschiedener Dörfer gewöhnlich sind, zog man ehemals zu Pferde, in Waffen, unter Führung eines Ältesten, der eine Fahne trug, in zahlreicher Schaar zunächst nach dem Hause des Bräutigams, um ihn zum „Raub der Braut" zu holen. Das Haus derselben war verschlossen — in Fiume zogen ihre Freunde, gleichfalls in Waffen, den Räubern

---

[1]) Hochzeitsbuch 240—243.

[2]) Über Land und Meer 1873 (42. Bd.) S. 831.

[3]) Home Sketches 1, 209. [4]) Hochzeitsbuch 90. [5]) das. 88.

entgegen.[1]) Der kriegerischen Einleitung folgte ein friedlicher Schluss: Dem Ältesten der an der Tür Herausgabe der Braut fordert, wird wol zuerst ein zerlumpter Popanz zugeschoben, endlich tritt aber die wirkliche Braut auf die Schwelle.[2]) In dem ganz polnisch gewordenen Lithauen lässt der Bräutigam seine Braut zum Scheine rauben. Am Rückweg aus der Kirche frägt die Jungfrau in der Hochzeitsschenke ob nicht ihr Vater hier gewesen, die entführte Tochter zu suchen.[3]) Im Wesentlichen richtig erscheint danach der Satz eines polnischen Schriftstellers: Der Slave kam beritten und bewaffnet mit seinen Freunden zu den Eltern der Geliebten: wurde seine Bitte bewilligt, so spendete er Geschenke und der Tag der Trauung ward bestimmt. An diesem Tage kam er gleichfalls mit Gefolge und musste seine Frau rauben, worauf die Trauung stattfand und man zur Hochzeit nach dem Brauthause zurückkehrte.[4])

Das Raubspiel ist auch sonst der europäischen Halbkultur geläufig. In der Moldau musste ehemals der Bräutigam seine Verlobte mit bewaffneter Hand aus ihrem Kämmerlein holen, nachdem seine Freunde eine Art Turnier zu Pferde vor dem Brauthause aufgeführt hatten.[5]) In Rumänien werden die Vorreiter des Bräutigams von Verwandten der Braut überfallen und gefangen genommen. Die Freunde des Bräutigams suchen ihrerseits die Sieger zu Gefangenen zu machen. — Mit Schüssen und Lärmen stürmen die Bewohner der Dörfer durch welche man durchzieht aus den Häusern.[6]) In einigen Gegenden Bessarabiens soll die Braut jetzt noch stets aus dem Hause der Eltern entführt werden. „In dem Augenblick wo sie die Schwelle überschreitet gibt einer der Freunde des Bräutigams durch einen Pistolenschuss den Dorfbewohnern davon Kunde.“[7])

Wo die Sitte des Scheinraubes selbst verschwunden, treten an ihre Stelle mannigfache, fantastische Bräuche. In Dalmatien scherzhaftes Belegen der Brautführer mit hohen Bussen durch den hiezu gewählten „Kadi“, Flucht des Bräutigams, worauf nach ihm geschossen wird, er als todt hinfällt und der Kadi ihn auf Bitten der Braut wieder lebendig macht[8]), in der Lausitz, wo der Bräutigam und seine Schaar auf das Ansuchen in das Heimatsdorf der Braut

---

[1]) Ebenso bei den montenegrinischen „Peroi“, das. 90.

[2]) Klun, Die Slovenen im Ausl. 1872. S. 544 f.

[3]) Pruski, Obchody weselne S. 180.

[4]) Gołębiowski, Lud polski i jego zwyczaje Warsz. 1830 (3 t.). I, 205.

[5]) Hochzeitsbuch 55. [6]) das. 54. [7]) Post, Anfänge 213.

einziehen zu dürfen, zur Antwort erhält: „Ja, wenn ihr rechtliche, brave Leute seid, nur müsst ihr Greise und Kinder schonen!“[1])

Hierher gehört auch das merkwürdige spanische Gesetz, nach welchem nach dreimaliger, fruchtloser Werbung das Mädchen auf die Klage des Bräutigams hin durch den Alkalden aus dem väterlichen Haus abgeholt und zu einer ehrbaren Familie gebracht wird, wo sie bis zur Trauung verbleiben soll.[2])

Einen fast unerschöpflichen Stoff zur Geschichte der Raubehe, speciell bei den Slaven liefern deren Hochzeitslieder. Im albanesischen Lied erscheint der Bräutigam als Rabe[3]), im grossrussischen als Adler der das Täubchen rauben will, in letzterem als Fremdling und Feind. Die ihn begleiten sind „ein feindliches Heer, eine Gewitterwolke.“ Am Hochzeitstage singt die Braut: „Am Ende des heutigen Tags . . . wird das ganze Volk besiegt, wird die Freiheit zur Unfreiheit werden.“[4]) Angriff auf das Brauthaus, Klage der Geraubten, Abwehr ihrer Freunde, das sind die gewöhnlichsten Themen solcher Lieder. In Serbien wird gesungen, während man die Braut, gleichsam wider ihren Willen entführt:

„Wedzemy ju, wedzemy ju (Wir führen sie, wir führen sie)
Mamy ju, a mamy ju (Wir haben sie, wir haben sie)
A nekomu ju hewekek ne damo“ (Wir geben keinem andern sie)[5]),

ein Lied, das merkwürdiger Weise auch in der Lausitz beim selben Anlass verwendet wird.[6]) In Kleinrussland singen der Bräutigam und die Seinen dem Brauthaus sich nähernd: „Wir schiessen Pfeile, zerstören die Steinwand, die Feste und holen Mariechen![7])

Im Grossherzogtum Krakau schlagen die von der Trauung Heimkommenden an das Tor, worauf die im Brauthaus singen:

„Skądeście dwór najechali (Woher habt ihr das Haus überfallen?)
Cisowe wrota złamali, (Die eschenen Tore gebrochen,)
Zielone podwórze zdeptali?“ (Den grünen Hofraum zertreten.)[8])

In polnisch Schlesien wo (gleichwie in Lublin) der rückkehrende Hochzeitszug das Haus gleichfalls geschlossen findet, schallt es als Antwort auf die Bitte zu öffnen heraus: Die Tochter des Hauses habt ihr weggeführt, nun wollt ihr auch dessen reiche Vorräte verzehren!“[9]) Ein Hochzeitslied von Mińsk beginnt: „Dunkel ist es, dunkel im Hof, Und noch dunkler draussen im Freien. Da plötzlich belagern Bojaren die Tür und schütten dann Gold auf den Tisch. Die Tochter bittet den Vater: Nimm ja recht viel; hundert Goldstücke und gib mich den Werbern!“[10]) und bei den

---

[1]) Hochzeitsbuch 169. [2]) das. 256. [3]) das. 63. [4]) Kulischer 207.
[5]) Hochz. 169. [6]) Kulischer l. c.
[7]) Gołębiowski I, 47. [8]) l. c. 40. [9]) l. c. 70.

Kleinrussen: „Überfallen uns nicht Lithauer? Wir werden sie schlagen, wir werden tapfer hauen und kämpfen und Mariechen nicht herausgeben“; schliesslich siegen im Lied aber immer die Angreifer.[1])

Bei den Tschechen singt während der Heimfahrt die Braut ein trauriges, fast verzweiflungsvolles Abschiedslied[2]), ebenso bei den Ruthenen: „Nicht willig geh ich, sie führen mich.“[3]) Deshalb die Verfolgung in dem gleichfalls ruthenischen Liedchen: „Zu Pferde ihr Brüder zu Pferde! jagt eurem Schwesterchen nach! Die Brüder ritten den Berg empor, Und hör'n eine Stimme klagen. Beim Schwäher weint sie im Hofe . . .“[4]) — Der Gegenstand ist unerschöpflich wie das Leben und wie die Phantasie des Volkes.

Auch die übrigen bei den nichtarischen Völkern erörterten Reste des Frauenraubs begegnen uns bei den Ariern. So das Verstecken der Braut vor den Brautwerbern oder dem Bräutigam, was mit häufigem Vorschieben falscher, meist hässlicher Bräute verbunden ist.[5]) Typisch dafür ist das Beispiel von Lovrez (Herzogowina), wo die mit ihrem Bruder versteckte Braut nicht früher herausgegeben wird, bis der Bräutigam die Waffen zieht, zu Pferd steigt und mit Entführung droht. Nun übergibt sie der Bruder gegen ein Geschenk, worauf gleichsam als Symbol der ursprünglichen Gewalttaten „der Spassmacher“ alles Geflügel niedersticht, das ihm in den Weg kommt.[6]) An der Riviera delle Castella (bei Spalato) kommt der Bräutigam mit zahlreichem Gefolge: „Wir wissen“ heisst es da „dass innerhalb dieser Mauer etwas ist, was nicht hinein gehört und kommen es zu suchen . . . Wir wollen unsere weisse Taube suchen, die sich hier im Hause versteckt hat.“ Und sie suchen in allen Winkeln. Der Hausherr stellt ihnen seine alleränlteste Verwandte vor: Ist das die Taube, die ihr sucht? . . „Gott verhüte, dass sie es sein sollte!“ Der Scherz wird mehrmals wiederholt bis endlich der Vater die Braut ruft . . . Beim Anblick dieser glänzenden Erscheinung erhebt sich der Ruf: „Das ist die Taube, die uns weggeflogen! Und sie wird vom Vater losgerissen und aus dem Haus geführt“ . .[7]) Vor den Brautwerbern

---

[1]) Kulischer 207. [2]) das. [3]) Gołębiowski I, 224.

[4]) das. 70 vgl. die Hochzeitslieder im grossen Werk von Oskar Kolberg: Lud polski i jego zwyczaje Warsz. 1865. z. B. I, 40.

[5]) Düringsf. 206. Gołęb. 209 über diese Sitte in Polen. In der Bretagne Düringsf. 246.

[6]) Düringsf. 77. [7]) das. 80 f.

Digitized by Google

verbirgt sich die Braut bei den ungarischen Slovaken[1]), den Polen[2]) sowie bei nichtslavischen Völkern: Esten[3]) und Letten.[4])

In der Riviera delle Castella ist noch ein weiterer Hochzeitsscherz zu verzeichnen, der wie überhaupt die slavischen Hochzeitssitten für Deutung und Erklärung deutscher Rechts- und Lebensformen von besonderer Bedeutung ist. Die Deutschen sind in ihrer Kultur zu weit fortgeschritten, die Nachrichten aus dem Mittelalter aber zu lückenhaft, als dass die Continuität, der Zusammenhang der jetzigen deutschen Hochzeitssymbolik mit dem Frauenraub überall sichtbar, direct erweisbar wäre. Da kommen denn die nahe verwandten slavischen Formen zu Hilfe, welche uns verstehen lehren, wie so manches, scheinbar sinnlose Spiel aus einem längst vergessenen und verschollenen, in der Hauptsache vorhistorischen Recht entsprungen ist.

Sobald in der Riviera der Bräutigam mit der süssen Beute das Haus verlassen hat, versperren wenige Schritte vor der Tür Stangen und gekreuzte Waffen den Weg. Es sind die Nachbarn des Hauses, welche den Zug aufhalten und das Mädchen, als ihnen gehörig nicht ziehn lassen wollen. Ein heftiger Scheinstreit entbrennt, dann wird ein Zoll erlegt, die Schlagbäume fallen und nun zieht der Bräutigam mit seinen Gästen voran in die Kirche.[5])

Hiermit ist der Ursprung des über den ganzen europäischen Continent verbreiteten so harmlosen Versperrens des Wegs dem zur oder von der Trauung fahrenden oder bei der Heimführung begriffenen Paare, sowie den Wägen mit der Ausstattung gekennzeichnet. Die Form ist überall ziemlich gleichförmig: Die jungen Burschen des Dorfes — nur ausnahmsweise die Mädchen und sonstigen Dörfler — versperren mit Ketten, Stricken, Bändern oder Blumengewinden den Weg und geben ihn erst gegen Erlag eines geringeren oder grösseren Loskaufgeldes frei. Bei den Tschechen meldet die Sage von einem Helden Břetislaw der sammt der entführten Braut über die hemmende Kette hinwegsetzte und davonritt. Noch jetzt wagt mancher beherzte Bräutigam den Sprung, ohne sich dadurch vom Lösegeld freimachen zu können.[6]) Das Hemmen des Brautpaares üben auch die Slovenen[7]) die (mit Slaven ver-

[1]) Düringsf. 52. [2]) Gołęb. l. c. Die versteckte Braut weint und jammert.

[3]) Düringsf. 13. Gartenlaube 1878. S. 274. Vgl. Klemm, Frauen I, 113. Die Esten und Liven sind zwar finnischen Stammes, hier jedoch ausnahmsweise, der Gleicheit ihrer Hochzeitsbräuche mit denen der umwohnenden Arier, sowie ihres europäischen Wohnsitzes wegen einbezogen worden.

[4]) Klemm 116, 120 f.

[5]) Düringsf. a. a. O. [6]) das. 197. [7]) Klun, Ausl. 1872. S. 545.

Digitized by Google

mengten) Tiroler in Lienz[1]), die Lausitzer[2]), die Polen Schlesiens[3]), ferner z. B. die Esten[4]); Hemmen des Wagens mit der Aussteuer, die Winden von Krain[5]), Polen in Galizien.[6])

Auch Beispiele des Brautlaufs, wenngleich in geringerer Zahl, haben die slavischen Hochzeiten aufzuweisen: In manchen Ortschaften Galiziens sucht die Braut zu entfliehen und sich einzuschliessen, die Brautführer erhaschen sie, setzen sie auf einen Schemel und bewachen sie da[7]), anderwärts flieht sie während des Tanzes vor der Trauung immer wieder nach der Tür und muss jedesmal eingefangen werden.[8]) Bei den Slovenen endlich erfolgt ein Wettlauf zwischen Bräutigam und Braut: wer früher ans Ziel kommt soll länger leben[9]): dies ist die jetzige, gewiss nicht die ursprüngliche Deutung. Dasselbe gilt vom Brautlauf der Esten. Angeblich um die Braut vor dem bösen Blick zu bewahren muss der Mann mit ihr gleich nach der Trauung eiligst zur Kirche hinauslaufen, in Wierland darf er sie nicht loslassen bis er sie in den Schlitten gehoben. Während des Tanzes nach der Rückkehr von der Trauung entführen die Brautbrüder (Verwandte der jungen Frau) die letztere, darauf folgt Rennen und Hetzen der Brautführer bis sie gefangen und zurückgebracht ist, worauf sie, um fernerer Flucht vorzubeugen, durch Haubenaufsetzung dem Kreis der Frauen einverleibt wird. In Rumänien endlich findet vor Ankunft ins Brauthaus eine Art Wettrennen zwischen den Freunden der Braut und denen des Bräutigams statt.

Noch mehr verblasst ist bei den Ariern das sonst so verbreitete Verbot des Umgangs mit Eltern und Schwiegereltern. Dennoch fehlt es auch hier nicht ganz. Jhering hat mit Unrecht Voigt dafür verspottet[10]), dass er die lückenhafte Stelle des Festus: „Si nurus sacra . . . divis parentum estod.“ emendirte: „Si nurus socrui obambulassit u. s. w.[11]) Die zur Emendation gewählten Worte mögen richtig oder unrichtig sein, soviel ist gewiss, dass Voigts Ergänzung nichts abnormes, seltsames, geschweige denn etwas lächerliches enthält, dass sie mit sonstigen Erfahrungen übereinstimmt, also wahrscheinlich begründet ist. An dem römischen Hochzeitsfeste, bei welchem das Mädchen vom Schooss der Mutter geraubt ward, nahm diese keinen Anteil, wurde dabei vielmehr

---

1) Düringsf. 113—115, sehr unterhaltende Schilderung. 2) das. 171—174
3) das. 206. 4) Düringsf. 13. Gartenl. a. a. O.
5) Düringsf. 91. 7) das. 212. 8) Kolberg I, 40. 9) Düringsf. 87.
10) Plaudereien eines Romanisten. Jurist. Blätter. Wien 1880. S. 282.
11) Über d. legg. regiae. Lpr. 1876. Nr. I, S. 41—45.

Digitized by Google

durch die sog. Pronuba vertreten [1]), so noch in späterer Zeit, während das von Festus mitgeteilte Verbot des Umgangs mit der Schwiegermutter so hier wie anderwärts frühe verschwunden sein mag. Im heutigen Griechenland gebietet die Sitte der jungen Ehefrau das Haus ihrer Eltern durch acht Tage, am Land sogar durch zwei Wochen zu meiden [2]), was sich, mit Beschränkung auf drei Tage in Sardinien gleichfalls vorfindet. [3])

In Rumänien, der Walachei und in Ungarn durfte früher das Brautpaar nicht beim Hochzeitsmal erscheinen, musste vielmehr getrennt, die Braut verhüllt und von dem Bräutigam ungesehen in einem besonderen Zimmer speisen; in Siebenbürgen darf der Bräutigam mit seinen Gästen nicht im Haus der Braut essen und bewirtet erstere im eigenen Hause [4]), ebenso in Kleinrussland. [5]) In Schottland ist die Braut (aristokratischen Stammes) am letzten Morgen, den sie im Elternhaus zubringt vom Frühstückstisch der Familie ausgeschlossen und nimmt das Frühstück mit ihren Schwestern oder allein auf ihrem Zimmer. [6]) In Polen: Mińsk endlich sind es die Eltern der Braut, die dem Gastmal nach der Verlobung fern bleiben, sie leisten der Tochter auf ihrer Kammer Gesellschaft. Später tritt der Bräutigam mit den Begleitern ohne Gruss, die Mütze über den Augen dort ein. Sie werden gleichsam zornig und mürrisch empfangen. [7]) Alle diese Gebräuche scheinen in der ehemaligen Raubehe ihre gemeinschaftliche Wurzel zu haben.

Andere Überlebsel der nämlichen Art sind: der Bräutigam kommt die Braut von Bewaffneten umgeben und zu Pferde abholen [8]); sie wird durch zwei Frauen zum Kirchgang aus dem Haus geschleppt und weint und schluchzt am Wege [9]), sie wird beim Fest nach der Trauung aus dem Kreis der sie schützenden Jungfrauen durch den Bräutigam herausgekämpft [10]), während anderwärts der Bräutigam die Braut mit Hilfe der Mädchen seinen Kameraden entreisst [11]), das sehr häufige Verschliessen und Verrammeln des Brauthauses wenn der Bräutigam erwartet wird [12]) u. s. w. Es tritt ein Stadium ein, wo man sich des Ursprungs der Hochzeitsscherze längst nicht mehr bewusst ist, wo viele derselben be-

---

[1]) Rossbach 329. [2]) Düringsf. 58. [3]) l. c. 96. [4]) l. c. 55.
[5]) Weinhold, Frauen I, 397. [6]) Über Land und Meer 1873. S. 831.
[7]) Gołębiowski I, 76. [8]) In Böhmen. Brentano, Gründung Prags. S. 445.
[9]) Russland. Post, Anfänge 213.
[10]) Im poln. West-Galizien. Nach persönlicher Information.
[11]) In Valencia, Düringsf. 267.
[12]) Kulischer a. a. O. In Russland, Kleinrussland, Podlesie, vgl. auch Weinhold l. c. 385 Note 2.

ginnen lästig zu werden, gegen Polizeivorschriften zu verstossen, sie werden immer seltener, kommen nach und nach ausser Übung, um schliesslich vollständig und auf Nimmerwiederkehr zu verschwinden.

Die räumliche Verbreitung der Raubehe und ihrer Symbole.

Das Intensitätsmaximum dieser Erscheinung auf der ganzen Erde befindet sich innerhalb der mächtigen Gürtel zwischen dem 40. und 60. Grad nördlicher, und zwischen dem 20. und 50. Grad südlicher Breite. Durch Europa und Asien können wir zwei breite Striche legen, deren Insassen — Völker und Völkergruppen — dem Frauenraub oder seinen Symbolen huldigen. Der eine derselben (zw. 40—60°) vom atlantischen bis zum stillen Ocean, umfasst die europäischen Arier (Kelten, Romanen — Slaven — die alten Griechen und Römer), die Völker des Kaukasus, die Nomaden Mittelasiens: Tartaren, Kirgisen, Kalmücken, Mongolen; der andere durchschneidet — von Lappen und Finnen ausgehend — Russland, das Land der Kirgisen, Turkmenen, Afghanen, Hindus, die Insel Sumatra, Australien. China hat zwei Rudimente der Raubehe aufzuweisen: Heben der Frau über die Schwelle in das Haus des neuen Gatten — Entfremdung zwischen Schwiegerkindern und Eltern.

Den Weltteilen nach ist der Frauenraub in Europa in allen seinen Stufen und Schattirungen vertreten; in Asien lassen sich Spuren und Praxis der Raubehe bei Ariern, Kaukasiern, Turken, Mongolen und Semiten nachweisen. Eine Ausnahme bilden hier, gewiss mehr aus Mangel an Nachrichten, denn aus Mangel an Stoff der grösste Teil Arabiens, Kleinasiens, Persiens, Hinterindiens (ohne Malakka) und Japan. Zur Ausfüllung der scheinbaren Lücke wäre die Forschung zunächst auf Familienrecht und Hochzeitsbrauch dieser Länder zu lenken.

Australien gehört seinem ganzen Umfang nach, Polynesien und die Sundainseln zum grössten und wichtigsten Teile ins Verbreitungsgebiet des Frauenraubes.

In Amerika ist derselbe nicht bei allen, aber bei den meisten roheren und zugleich verbreiteteren Völkern, in einer den ganzen Continent gleichsam durchsetzenden Gruppirung nachgewiesen.

In Afrika üben ihn Repräsentanten der meisten grösseren Stämme, am entschiedensten zwischen dem 8. und 18. Grad nördl. Breite. Hier bleibt der Forschung, da unsere Berichte zum guten Teil nur flüchtige Reiseeindrücke enthalten, am meisten zu schaffen übrig.

Digitized by Google

Es mag Völker gegeben haben, welche die Ehe durch Raub niemals übten oder kannten. Diese verhielten sich aber zur entschiedenen Mehrheit, wie seltene Ausnahme zur Regel. Je genauer ein Volk bekannt wird desto mehr Reste der Raubehe pflegen an den Tag zu kommen. Jedenfalls kann hier ebensowenig wie bei Entstehung des Mutterrechts blosser Zufall gewirkt haben. Die Ehe durch Raub ist eine von äusseren, namentlich klimatischen Einflüssen unabhängige Eigentümlichkeit menschlicher Entwicklung, eine normale Stufe des Familienrechts, welche überall vorausgesetzt werden darf wo nicht besondere Gründe dagegen streiten. Auf Grund der vergleichenden Völkerkunde kann man es also aussprechen, die Germanen gleich wie die übrigen Arier hätten Frauenraub als Form der Eheschliessung anerkannt. Was man in den Quellen der germanischen Vorzeit darüber vorfindet ist Bestätigung eines auch auf anderem Wege constatirten Factums.

Die Raubehe und ihre Reste bei den Germanen.

„Wenn die Tatsächlichkeit des ehelichen Lebens zu der Willenseinigung hinzugekommen war, verstand man sich bei einer Reihe von Stämmen, bei Westgothen, Longobarden, Thüringern, Franken und Sachsen dazu, die Gültigkeit der von der Jungfrau ohne Willen ihres Gewalthabers eingegangenen Ehe anzuerkennen. Doch galt die Jungfrau damit zugleich als tatsächlich aus ihrer Familie ausgeschieden, und war daher ihre Strafe der Verlust des Erbrechts gegen ihre Blutsverwandten.“[1]) Bei den genannten Völkern mit Ausnahme der Westgoten, sowie auch bei Burgundern[2]), Friesen[3]), Alamannen[4]) stellte namentlich Entführung jene Tatsächlichkeit her; sie wurde zum rechtlich wesentlichen Bestandteil der Eheschliessung, da sie an Stelle der Verlobung treten konnte. Wie Colberg bemerkt[5]), wird in keinem Volksrecht die Ehe zwischen dem Räuber und der Geraubten verboten, obwol hier die letzteren Ausdrücke (Raub) im germanistisch-technischen Sinn für Entführung ohne Consens der Entführten selbst und ihrer Gewalthaber gebraucht sind. Das friesische, salische, westgothische, bairische Recht ordnen selbst in diesem Fall keine Herausgabe der Geraubten an.

[1]) Sohm, Recht der Eheschliessung 51. [2]) Gundob., Tit. XII.

[3]) Lex Fris. IX, 11, 12. [4]) Lex Hloth. LI, LII.

[5]) Üb. das Ehehinderniss der Entführung, Halle 1869. S. 17—34. Diese sorgfältige Arbeit ist hier überhaupt zu vergleichen und im Folgenden mehrfach benützt.

Die Lex Frisionum IX, 11 begreift den Fall des Raubes und der Entführung im Gegensatz zur Notzucht unter der Bestimmung: „Si liberam foeminam extra voluntatem parentum eius, vel eorum qui potestatem eius habent, uxorem duxerit, componat tutori eius solidos 20, id est denarios 60. — 12. Si autem nobilis erat foemina solidos 30. 13. Si lita fuerit, solidos decem domino eius persolvere cogatur. Der Wille des Gewalthabers ist bei der friesischen Eheschliessung irrelevant. Auch ist bemerkt worden, der Fuss der dafür bestimmten Busse (30 sol.) sei ein ungewöhnlicher, wol in anderen Volksrechten, nicht aber im friesischen wieder vorkommender[1]), diese Busse scheint demnach fremden Ursprungs, die Raubehe in Friesland ursprünglich busslos gewesen zu sein, was um so glaubhafter ist, als Entführung daselbst noch in weit späterer Zeit — die Erfüllung gewisser Rechtsförmlichkeiten vorausgesetzt — im Falle der nachträglichen, ausdrücklichen Zustimmung der Entführten, von Busse frei war.[2]) Die lex Thuringorum enthält unter dem Titel De vi § 2 die Bestimmung: Si libera femina sine voluntate patris aut tutoris cuilibet nupserit, perdat omnem substantiam quam habuit vel habere debuit und sanctionirt hiemit die Giltigkeit der Ehe durch Entführung, während Busse sowie Restitution des Weibes nur für den Fall des Raubes (§ 1) vorgeschrieben sind. Durch die Entführung wurde nach longobardischem[3]), alamannischem[4]) und fränkischem[5]) Recht ein bestehendes Verlöbniss des Weibes, nach alamannischem und angelsächsischem selbst ein bestehendes Eheband desselben aufgelöst.[6])

Zur Existenz der durch Entführung eingegangenen Ehe gehörte die nachträgliche Erlegung des Brautpreises wie schon in der Abhandlung über das Mutterrecht (Kap. 2) erörtert wurde, nicht nach

[1]) M. M. L. L. III, 664, Note.

[2]) Grimm, R. A. 440. Doch stand es dann in des Vaters und der Mutter Willkür, wie viel sie dem Mädchen zur Mitgift reichen wollten. (Wilda, p. 848, nach Richthofen.)

[3]) Roth. 190, Liutpr. 30. Übrigens war nach Liutpr. 119 noch unter diesem König Feindschaft und Fehde regelmässige Folge der Entführung einer Braut. Vgl. auch Roth. 192 und der Expos. L. L. IV, 239; Roth. 210, 214. Liutpr. 31, 32. Selbst hier, bei den kirchlich verbotenen Ehen, verlangt Liutpr. — analog dem Fall des Frauenraubes — keine Trennung der Ehegatten, droht nur mit Illegitimität ihrer Kinder. Vgl. im Allg. Kap. 3 der Abh. üb. d. Mutterrecht.

[4]) Hloth. LI.

[5]) Lex Sal. XIV, 10. Von einer Busse an den Bräutigam ist nur in den Codd. 6 und 5, 10, und der Lex Emend. die Rede.

[6]) Lex. Alam. Hloth. LII. Aethelb. § 31 bei Schmid Ges. der Angels. S. 5, vgl. überh. Sohm, Trauung 29, 30.

Digitized by Google

allen Rechten. Die Entführung an und für sich genügte zur Begründung einer, wenn auch rechtlich benachteilten Ehe.[1]) Für das longobardische Recht geht dies klar aus der Drohung des Titels 188 Roth. hervor: Stirbt eine Ehefrau, welche wider Willen ihres Vaters geheiratet hatte, und der Mann hat das Mundium nicht ererworben, so falle das Erbe nach ihr an ihren Mundwald: „ideo perdat maritus res mulieris, eo quod mundium facere neglexit." Für die Ehe durch Gewalt hat sich in den Volksrechten eine eigene Terminologie entwickelt; wir begegnen im longobardischen Recht Ausdrücken wie: „aut violenter aut ea consentiente ducere uxorem"[2]), „Si quis violento ordine (nomine) tolerit uxorem"[3]), si vir mulierem invitam tulerit uxorem[4]) und selbst im westgothischen, gegen Entführung so strenge eifernden Rechte: „Audivimus a multis, . . devotas Deo virgines . . seu affinitate consanguinitatis coniunctas foeminas, aut violenter aut per consensum sibi coniuges sumere. . . Deinceps nemo . . non licito connubio, aut vi aut consensu accipiat coniugem. Darauf werden Strafen gegen Frauen bestimmt, die ihr Keuschheitsgelübde brachen: illis tamen foeminis ab hac sententia segregatis, quae violentiam coniunctionis indebitae sine praecedenti vel sequenti consensione pertulerint."[5]) Wie tief muss der Brauch der Ehe durch Raub im Leben des Volkes festgewurzelt haben um eine solche Verfügung notwendig, ihren Wortlaut für uns erklärlich zu machen? Die verschiedenen Texte des salfränkischen Volksrechts gebrauchen die Ausdrücke „inuita trahere" und „in coniugium sociare" synonim.[6]) Die Formel 16 des zweiten Buchs Marculf's beginnt: Dulcissima coniuge mea illa ille. Dum te . . absque tua vel parentum tuorum voluntate, faciente contubernio rapto scelere meo coniugio sociavi . . Die Entführung als Eheschliessungsform muss in jener Zeit noch so stark in Gebrauch gewesen sein, dass die Gesetzgebung nicht die Macht, zum Teil auch nicht den ernsten Willen hatte, sie zu beseitigen. Je

[1]) Über diese Nachteile, Kraut, Vorm. I, 320 ff. Wilda S. 848; auch Weinhold, Frauen. In dieser rechtlichen Anerkennung einer bestraften Handlung liegt unverkennbar ein Compromiss des neuen Rechts mit dem alten. Vgl. Sohm, Trauung und Verlobung. S. 18 ff. bes. 20. Vgl. Lib. Pap. Expos zu Roth. 189 (L. L. S. 338). Eine solche Verbindung wider Willen der Gewalthaber wurde wirklich als Ehe nicht als adult. angesehen, denn letzteres wurde mit 100, nicht mit 20 sol. bestraft.

[2]) Roth. 192. [3]) Roth. 187.

[4]) Roth. 186, cf. Roth. 214 und Osenbrüggen, Long. Strafr. S. 109 f.

[5]) III. Tit. 5, § 2. Walter, Corp. jur. I, 484.

[6]) Lex Sal. XXV, 9. Hessels 136—144.

weiter die Rechtsentwicklung fortschreitet, die Milderung der Sitten, der Einfluss der Kirche und des römischen Rechts überhand nehmen, um desto härter werden die Verordnungen gegen die Entführung. Aber namentlich Wittwen bleiben ihr in allen deutschen Landen noch lange stark ausgesetzt.

In Chlothars II, Praeceptio (zw. d. J. 584 und 628) § 7 lesen wir[1]): Nullus per auctoritatem nostram matrimonium viduae vel puellae sine ipsarum voluntate praesumat expetere neque per sugessionis subreptitias rapiantur iniuste. — Auch das westgothische Recht (Lib. III, tit. 3, cap. 11) gesteht dem König das in obiger „Praeceptio" aufgegebene Recht zu, ein Mädchen gegen ihren Willen, mit Gewaltanwendung zu vermählen „violenter marito tradere" „vim (puellae vel viduae) facere", ein Recht, welches sicher nicht ohne Wurzel in entfernterer Vergangenheit ist. Der Befehl des Königs machte den sonst nicht mehr gestatteten Zwang legal. — Die bedrohtere Lage der Wittwen erhellt besonders aus einem Gesetze Kaiser Lothar I., sowie aus dem bairischen Volksrecht und aus dem Titel leg. Sal. De reipus.[2])

Die Lex Longob. verbot den Wittwen Eintritt in ein Kloster vor Ablauf des Trauerjahres. Nun baten sie den genannten Kaiser um Aufhebung dieser Beschränkung und er lieh ihnen williges Gehör: „considerantes", wie er sich ausdrückt „quod praeterito tempore pro illa dilatatione multae etiam raptu intra idem spatium in aliam partem distractae fuerunt." Wenn diese Erwägung noch zu Lothars I. Zeit Motiv einer wichtigen, königlichen Verordnung werden konnte, um wie viel tiefer eingewurzelt muss die Raubehe in Rotharis und Liutprands Tagen gewesen sein!

Die bairische Verordnung gegen Wittwenraub (8, 6.) schützt ausdrücklich nur diejenige Wittwe, welche genötigt war, in ihren und ihrer Kinder Geschäften das Haus zu verlassen, und begründet die Busszahlung an den fiscus mit dem Satze: Quia vetanda est talis praesumptio et eius defensio in Deo et in Duce atque in iudicibus debet consistere, wo das später Selbstverständliche besonderer Betonung gewürdigt wird: „denn so ein Übergriff muss gestraft werden", macht das nicht den Eindruck der Neubestrafung einer ehemals bussfreien Handlung?

Auch die Worte des Capitulars vom Jahr 819[3]): „viduam invitam vel volentem sibi copulare" bezeugen die Häufigkeit des Wittwenraubs, obzwar die Stellung der Capitularien dieser Eheform gegenüber naturgemäss eine entschieden ablehnende ist. Während

[1]) M. M. L. L. nova ed. p. 19. [2]) S. Anhang. [3]) Pertz, L. L. I, 211.

Digitized by Google

nach der Mehrzahl der Volksrechte Raub oder Entführung nicht bloss die Verlobung, sondern, selbst im Fall der nachträglichen Zahlung des Mundschatzes, auch die Trauung vertraten[1]), da ja die letztere Übergabe des Weibes, somit durch den vorherigen Raub unmöglich gemacht war; während also den Volksrechten gemäss Raubehe noch existirte, geht die Tendenz der Capitularien auf Nichtigerklärung ähnlicher Ehen und man wird nicht fehlgehen, wenn man annimmt, dass sie um das Jahr 1000 bereits zu den Seltenheiten gehörten, wenn sie auch noch lange nicht vollständig unterdrückt waren. Nach dem Hamburger Stadtrecht vom Jahre 1270 blieb derjenige straflos, der ein über sechzehnjähriges Mädchen mit dessen Einwilligung entführte.[2])

Der Entwicklungsgang der longobardischen Gesetzgebung ist besonders im Liber Papiensis klar dargelegt. — Exp. zu Roth. 187: „In hoc quod hec lex dicit: „et postea mundium faciat“ rupta est a lege Lothari (105, 107) que est: De raptoribus unde antiquorum patrum etc. in hoc quod dicit: „nam ipsis, a quibus rapte sunt, legitimae demum uxores nullatenus esse possunt.“ Dies bezog sich jedoch nur auf den Fall, wo ein Raub ohne Willen des Mundwalds stattgefunden hatte. Das spätere Recht, welches den Willen des Weibes dem des Mundwalds gegenüber in den Vordergrund stellte, ging einen Schritt weiter und verbot selbst solche Raubehen, die der Zustimmung des Mundwalds teilhaft gewesen waren. (Lib. Pap. p. 422.)

Soviel über die altdeutsche Gesetzgebung. Was ihren Inhalt im Einzelnen betrifft, können wir uns auf Wilda, Osenbrüggen und auf Colbergs „Ehehinderniss der Entführung“ berufen.

Anders stellt sich von Anfang an das uns überlieferte altnordische Recht. Es lässt Ehen durch Raub und Entführung durchaus nicht zu und bestraft den ersteren mit Friedlosigkeit.[3]) Wenn man der Egilssaga glauben darf, so wurde schon zu Harald Schönhaars Zeit der Entführer geächtet.[4]) Dennoch fehlt auch im skandinavischen Recht nicht das Zeugniss eines anderen, älteren Zustands. Weigerte sich nämlich der Verlober, seiner Verbindlichkeit entsprechend die Braut zur Ehe zu tradiren, so gestehen ihm zwar

---

[1]) Auch das angelsächsische Recht bildet keine Ausnahme. Zahlung der Busse, aber Giltigkeit der Ehe: Aethelb. § 82: bei gewaltsamer Entführung einer Jungfrau; § 83: Entf. einer fremden Braut. Schmidt, Ges. d. Angels. S. 9; Aelfr. Ges. § 8 (S. 75), Entführg. einer Nonne. cf. Concil. Aenhamense (Aethelreds, Ges. VI, § 26, § 39), Cnuts, Ges. II, 52. (S. 301.)

[2]) Weinhold I. 309.

[3]) Wilda 839 f. Amira, Altnorwegisches Vollstreckungsverfahren. S. 31 f.

[4]) Weinhold I, 312. Für Dänemark Kolderup-Rosenvinge 121.

nicht die Östgötalagen, wol aber Uplandslagen, Södermann-Westmann- und Helsingelagen das Recht der gewaltsamen Selbsthilfe zu. Am anschaulichsten ist „was das gemeine Landrecht, götisches und upländisches Recht verschmelzend, über die Execution sagt."[1]) Wem die Braut verweigert worden, der fahre zum Thing und erwirke sich ein Urteil das ihm gestattet, seine Freunde zu sammeln und seine Braut „herauszunehmen." Und der Urteiler ernenne ihm vier Männer, welche ihm folgen sollen und bezeugen was geschieht. Die Verlobte zu erlangen darf er straflos Tore brechen, ja selbst jene die es hindern wollen verwunden oder tödten. Er selbst und seine Genossen stehen dagegen in verdoppeltem Rechtsschutz, Verwundung oder Tödtung eines von ihnen wird doppelt gegolten. Ein so genommenes Weib ist rechtmässig, nicht raublich genommen.

Dass eine solche der Rakshashache verwandte, hier nur ausnahmsweise und im Wege Rechtens zulässige Eheschliessungsart in entfernterer Vergangenheit ohne vorausgehende Verlobung oder anderweitige Beschränkung geübt wurde, dafür sprechen besonders die zahllosen Entführungsgeschichten der Sagas, die ja in den Einzelnheiten unzuverlässig sein mögen, in ihrer Übereinstimmung aber stets eine wertvolle Quelle bleiben werden. Aus dem Vergleich der nordischen Rechte mit den leges barbarorum wird klar, um wie viel altertümlicher der in den letzteren vertretene Standpunkt ist, eine Tatsache, die sich auch in anderen Rechtsmaterien, der im skandinavischen Vormundschaftsrecht selbstständigeren Stellung der Frauen, der in den Volksrechten vollkommener erhaltenen sachenrechtlichen Natur der Ehe, sowie im Erbrechte äussert. Die skandinavischen Rechte enthalten nichts, was sich an Altertümlichkeit mit den Titeln De alodis der deutschen Volksrechte messen könnte; so ist denn auch die ursprüngliche Raubehe in diesen lebendiger geblieben als in jenen.

Mit der Sage verhält es sich umgekehrt, wenn auch die deutsche Sage und älteste Geschichte nicht geradezu arm an einschlägigem Stoffe zu nennen ist. Am Eingang der letzteren steht eine Entführung, die Thusneldas durch Armin; später, z. B. bei Gregor von Tours begegnen mehrfach Entführungsgeschichten. Chlothar I soll Radegund, König Bertachars von Thüringen Tochter als Gefangene mit sich geführt und alsdann zum Weib genommen haben.[2]) Chuppa, einst König Chilperichs Marschall (um 590), brach mit einigen seiner Leute auf, um die Tochter des Baudegisil, weiland Bischofs von Le Mans, zu entführen, die er zu heiraten gedachte. Zu diesem

[1]) Amira, Nordgerm. Obligationenr. Lpz. 1882. S. 137 ff. § 17.

[2]) Greg. Tur. Hist. Franc. III, c. 7.

Digitized by Google

Zweck fiel er mit seiner Schaar nächtlicher Weile in den Hof von Mareuil ein, wurde aber von der Mutter des Mädchens, die um den Anschlag wusste, mit Gewalt zurückgetrieben.[1]) Weiter ist noch Gregors Erzählung von der Königstochter zu verzeichnen, die mit dem Knechte durchgeht und jene von Pappolen, der, als ihm die Hochzeit verweigert wird, eine bewaffnete Schaar sammelt, mit dieser das Mädchen aus der Kirche entführt und in eine andere Kirche mit ihm flüchtet. Zwar wird das Mädchen auf listige Weise von ihm getrennt und in ein Kloster gesperrt, er entführt sie jedoch von neuem und heiratet sie und da er schriftlich die Genehmigung des Königs dazu besass (offenbar eine jener Ermächtigungen, von denen oben die Rede war), kümmerte er sich nicht weiter um die Drohungen der Verwandten.[2]) Freilich handelt es sich hier um Entführung einer Braut durch den Bräutigam, Verlobung war also vorangegangen.

Aus späterer Zeit verdient Erwähnung der bei Pertz Leges I, 484 in einem Brief vom Jahr 862 mitgeteilte Vorfall: „Filiam nostram furatus sibi est in uxorem", namentlich aber die Geschichte von Arno und Zwentibold (a. 871). Die Annalen von Fulda erzählen von einem im Jahr 871, während eines Kriegs gegen Zwentibold von Mähren von den Deutschen ausgeführten Überfall: Zwentibold gedachte die Tochter des Herzogs von Böhmen zu ehelichen, so wurde sie unter starker Bedeckung nach Mähren geleitet. Da legten Arno Graf von Endsee und Rudolf Markgraf von Nordbaiern einen Hinterhalt. Als der Brautzug herankam, brachen sie hervor, griffen denselben an, schlugen die Bedeckung in die Flucht und nötigten sie die gezäumten Pferde, sowie die Schilde und Waffen zurückzulassen. 644 Pferde und ebensoviele Schilde wurden erbeutet[3]), „und was das beste war, die Braut sammt ihren vornehmen Begleitern führte Arno Ludwig dem Deutschen zu . . und wenn man seitdem von einer unverhofften, glücklichen Begebenheit spricht, so gebraucht man nicht selten den Ausdruck: Wer das Glück hat, führt die Braut heim."[4]) — Wie ferne liegt eine derartige Beute unserer Gesinnung. Geschmeide, Waffen, Pferde, das würde wol auch heute als gute Beute gelten, aber eine fremde

---

[1]) l. c. X, 5.

[2]) l. c. III, 31. Die Entführungsgeschichte bei Greg. X, 8 ist unter Römern vorgefallen und überhaupt hier nicht verwendbar. Sohm, Trauung 29, Note 54.

[3]) Annalium Fuld. Pars Tertia. Pertz, M. M. S. S. I, 384.

[4]) Das unter Anführungszeichen gemeldete entnehmen wir einem im übrigen sehr genauen Bericht in der Heimat 1879. XI. Bd. S. 640, dessen Quelle in den M. M. S. S. nicht enthalten ist.

Braut! Dieses Beutestück wäre für uns nur eine Quelle der Verlegenheit. Ein anderes Beispiel von Frauenraub, wenn auch vielleicht nicht von Raubehe bietet die Schlacht bei Lenzen im Jahre 929. Gegen 100000 Wenden sollen dort gefallen sein. „Am 4. September ergab sich Lenzen. Die Bewohner streckten die Waffen und baten um das Leben. Das liess man ihnen, aber nackt mussten sie aus der Stadt ziehn. Ihre Weiber und Kinder, ihre Knechte, ihre Hab und Gut, alles fiel in die Hände der Sieger.“[1]) Auch hier waren die Weiber noch Beuteobject wie etwa bei den alten Hebräern.

Dass die deutschen Quellen verhältnissmässig wenig von Entführungen zu erzählen wissen erklärt sich daraus, dass dieselben noch nicht unbedingt rechtswidrig, im täglichen Leben sehr häufig waren, später aber unter dem Druck kirchlicher Anschauungen rasch zu Symbolen und Spielen verblassten. Für die Intensität des Entführungsbrauches im skandinavischen Heidentum kommt wesentlich in Betracht, dass die skandinavischen, sowie zu einer gewissen Zeit alle germanischen Länder in eine Unzahl kleiner unabhängiger, einander beständig befehdender Gemeinwesen zerfielen und dass Frauenraub, der zu Hause als Verbrechen gezüchtigt werden sollte, im nahen Nachbarstaat verübt, als Heldentat gepriesen und bewundert wurde. Noch die Gutalagh beschränkt ihren Schutz gegen Raub auf gothländische Frauen; und um einer deutschen Analogie nicht zu vergessen, Kaiser Lothar I. erwähnt in seinem, auch in einer Zeit der Rechtsunsicherheit und Teilung des Reiches erlassenen Capitular, man habe die Wittwen, die geraubt worden seien, ausser Landes gebracht („in aliam partem distractae fuerunt“).

Stiernböök gibt den Geist der Sagas getreulich wieder, indem er urteilt: „nichts sei Schweden und Gothen ehemals glorreicher erschienen, als nach spartanischer Sitte seine Ehefrau mit Gewalt erobern. Man habe es für eine grosse und heldenhafte Tat gehalten, dem Feinde Braut, Gattin oder Tochter zu entreissen, um sie sich selber zuzugesellen und habe dafür Lobsprüche gespendet, von denen die alten Lieder und Erzählungen der Skalden erfüllt sind.“[2])

Vom Rauben der eigenen Braut enthalten die Sagen mehrere Beispiele: So droht Burizlaw, König der Winden, dem König Harald Gorms Tochter verlobt ist, des letzteren Reich mit Krieg zu überziehen, wenn ihm das Mädchen nicht ausgefolgt wird[3]); von Gramm,

[1]) Giesebrecht, Kaiserzeit I, 229.

[2]) Stiernböök, De Jure Sueon. et Goth. vetusto. Holmiae 1682. S. 152.

[3]) Scripta hist. Islandorum Hafniae 1828 (12 Bde.). Olav-Trigvesonsaga c. 195. II, 121. Nur die lateinische Ausgabe der Sagen stand uns zu Gebote.

Digitized by Google

dem fünften Dänenkönig des Saxo Grammaticus lesen wir bei diesem Autor[1]), er habe sich mit einer Tochter des Königs der Finnen verlobt. Eine Zeit lang darauf kommt ihm zu Ohren, das Mädchen solle trotzdem an Heinrich „den König der Sachsen" verheiratet werden. Da macht sich Gramm nach Finnland auf, schleicht sich als Bettler gekleidet unter die versammelte Gesellschaft und wartet bis alle Gäste volltrunken sind. Darauf tödtet er Heinrich und die Sachsen und führt die Braut mit sich nach Hause.

Weder in deutscher noch in skandinavischer Vorzeit scheint es — ebensowenig wie in der keltischen Sage — ungewöhnlich gewesen zu sein, dass ein Held die Tochter seines erlegten Gegners ehelicht. Man erinnere sich des Longobardenkönigs Alboin, der im Kampfe Kunimund, den Fürsten der Gepiden fällt und aus seinem abgehauenen Haupt einen Becher zum Trinken bilden lässt. Kunimunds Tochter Rosamunde macht er zur Gefangenen und nimmt sie, zu seinem Verderben, wie es sich später zeigte, zur Frau.[2]) König Frotho III., einer der Sagenhelden Saxos, sendet zum König der Hunnen seinen Freund Westmar und mehrere andere, als Werber um die Hand seiner Tochter. „Igitur Westmarus regiam cum armatis ingressus, jam aut precibus obsequi inquit, aut pugna denegantes aggredi necesse erit. Si natam negas admitte pugnam, alterum necesse est praestes. Mori aut exaudiri volumus. Gratius nostram Froto cladem quam repulsam accipiet." [3]) Damit vergleiche man Str. 17 der Helgakwida:

„Hrimgerd heiss ich, Hati war mein Vater,
Ich kannte nicht kühneren Joten.
Aus den Häusern hat er viel Bräute geholt
Bis ihn Helgi tödtlich traf." [4])

Die Sage hat für so eine Gewalttat ebensowenig einen Ausdruck des Tadels, als dafür, dass Hamlet's Wittwe den Mann, der ihn erschlagen, freiwillig ehelicht[5]), wie es denn überhaupt in Skandinavien und Island nicht selten vorkam, dass die Wittwe, bei Gelegenheit des Todtenmals für den verstorbenen Gatten, ihren Brautlauf mit einem andern hielt, oder wenigstens nicht viel länger wartete.[6]) Weitere Beispiele dafür, wie wenig die Tödtung des Vaters eines Weibes die eheliche Verbindung des letztern mit dem

---

[1]) Paris 1514. Lib. I, fol. V, Sp. 2.

[2]) Paulus Diaconus Hist. Lib. I, c. 27. M. M. Germ. S. S. rer. Lang. p. 69.

[3]) Saxo. Sorae 1644. lib. V. p. 69. [4]) Simrock, Edda 152.

[5]) Saxo Lib. IV, p. 59.

[6]) Weinhold, Frauen II, 41.

Todtschläger behinderte, bietet die Sage von Fridlevus II. und der Tochter Amunds von Dänemark[1]), von Hrodmar und Sigurline in der Edda[2]), die Geschichte Ragnhilds in der Olavtrygvesonsaga[3]), sowie die weiter unten zu erörternden Sagen von Drotta und von Gramm und Gro.

In ähnlichen Fällen konnte von einem Ehevertrag zwischen dem Freier und dem Mundwald des Mädchens nicht die Rede sein. Der Raub allein genügte, um mit oder wider Willen der Entführten eine Ehe zu begründen und es gab keine menschliche oder göttliche Bande, die nicht auf diesem Wege zerrissen werden konnte. Deshalb erscheinen die Freier in den Sagen so oft als grimmigste Feinde, wenn auch ihr erstes Werbegesuch gewöhnlich ein friedliches war. Freilich, auch zur Beute des Krieges gehörten regelmässig Frauen. So liefert der Recke Ingolf mit seinen Genossen eine Schlacht auf einer Insel, tödtet die von seiner Blutrache Verfolgten, worauf die Sieger, die Frauen der Erschlagenen mit sich führend, heimkehren.[4]) In der Skalda lesen wir: Hedin, der König, macht Högnis Tochter Hilde während Högnis Abwesenheit zur Kriegsgefangenen. Der Vater verfolgt Hedin, da geht Hilde ihn aufzusuchen und bietet ihm in Hedins Namen ein Halsband zum Vergleich. Wenn er aber das nicht wolle, so sei Hedin zur Schlacht bereit und Högni hätte von ihm keine Schonung zu hoffen. Högni antwortet mit Härte. Hilde kehrt also zurück zu ihrem Gatten und bittet ihn zum Kampf zu rüsten.[5]) Sie war durch Raub in Hedins Hand gelangt und doch — ohne Trauung und Verlobung — erscheint sie als seine rechte Ehefrau. Sie ist losgelöst von ihrem Vater und an ihren Gatten gefesselt, so dass sie als Unterhändlerin desselben an den ersteren gesendet werden kann, um Sühngeschenke zugleich mit Drohungen zu überbringen. Högni hat sie jetzt in seiner Gewalt, respectirt aber ihre Ehe und lässt sie zu Hedin zurückkehren.

Saxo Grammaticus meldet ferner[6]), wie Reginald, ein König von Norwegen, aus Furcht vor seinem Feinde Gunnar seinen Schatz sammt seiner Tochter Drotta, während er selbst gegen Gunnar zu Felde zog, in einer unterirdischen Höhle verbarg.

---

[1]) Saxo VI, S. 99 ff.

[2]) Helgakw. Simr. S. 149. Vgl. die citirte Gesch. v. Hrimgerd und Helgi, das. SS. 152, 160.

[3]) c. 183. Bd. II, S. 95. [4]) Olav. Trygves. c. 116.

[5]) Simr. 353 (Skalda c. 50). [6]) Lib. VII, p. 134.

Digitized by Google

Gunnar siegt und entdeckt die Höhle. „Et Drotta a Gunnaro stuprum pati coacta filium procreavit Hildigerum . . . Interea Borcarus . . Drottae matrimonium per vim a Gunnaro occupatum expertus, conjuge eum vitaque privat", wonach natürlich Borkar selbst Drotta heiratet. Der Ausdruck stuprum scheint hier auf der germanischen Rechten eigentümlichen Gleichstellung von Frauenraub und Notzucht zu beruhen.[1]) Jedenfalls will auch diese Sage von zwei nur durch Gewalt geschlossenen Ehen sprechen. Ebenso verlangt Frotho (Saxo's 9. König), nachdem er eine Stadt erobert, die Tochter des Überwundenen zur Gemahlin und setzt den letzteren erst wieder ein, nachdem der Wunsch erfüllt ist[2]); Jarmenrik (der 51. König) bedingt sich von vier in mehrtägiger Seeschlacht überwundenen hellespontischen Piraten ausser der Hälfte ihrer Beute auch ihre Schwester als Preis des Friedens aus[3]); so will der Dynast Hakon die Frau eines mächtigen Mannes entführen und befiehlt diesem, sich den Streich gefallen zu lassen. Der Bedrohte vereitelt das Unternehmen mit Hülfe zusammengeströmter Gaugenossen[4]). So beschliesst Gother, König von Norwegen, dem Erich dessen Gattin, Schwester Frothos von Dänemark zu entführen, um so mit Frotho verschwägert zu werden; zugleich aber die eigene Tochter Alvhild dem Erich zu vermählen. Diesem wird der Plan verraten und er spricht zu seiner Frau: „Te tamen Gotherus raptui destinat, amorem latrocinio quaesiturus: quem quum peregerit, tua gestum simula voluntate, nihilominus nuptias dilatura, quousque filiam mihi tui loco tradiderit."[5]) „Nuptiae" können hier bloss entweder das Hochzeitsfest, oder die Vollziehung der Ehe bedeuten, da von Verlobung und Trauung auch in diesem Fall nicht die Rede sein kann. Erik weiss nicht nur seine Frau zurückzurauben, sondern entführt nun auch die ihm übergebene Alvhild für Frotho von Dänemark.[6]) Hierher gehört noch die Sage von der Entführung Syrithas durch einen Riesen und ihrer Befreiung durch einen früheren Bewerber[7]), ferner die romantische Werbung des Snio (Königs von Dänemark); derselbe erfährt, das Mädchen seiner Wahl sei auf Antrieb ihres Vaters nach Schweden als Gattin des dortigen Königs weggeführt worden, versichert sich dann durch einen als Bettler verkleideten Boten ihrer Geneigtheit; die Königin nimmt den

---

[1]) Saxo selbst (fol, V, 2) gebraucht den Ausdruck stuprum auch anderwärts für Raubehe, cf. fol. VI, wo die stuprata bereits conjux genannt wird.

[2]) L. II, p. 9. [3]) L. VIII, p. 156.

[4]) Olav Trygoes. c. 102. Bd. I, S. 237. [5]) Saxo L. V. p. 81.

[6]) Saxo V. S. 81. [7]) l. c. VII. p. 125.

Schatz ihres Mannes mit und geht unter dem Vorwand des Badens an den Strand, um von Snio auf schnellen Schiffen entführt zu werden. Kämpfe zwischen Schweden und Dänemark sind die Folge.[1])

Das Werben war aber eben so gefährlich als ungestüm. Königin [illegible] von Irland wird so hart von einem Freier, einem Piraten bedrängt, dass sie beschliesst, ihr Land zu verlassen.[2]) Andererseits lässt die Königswittwe Sigrid von Schweden den allzuhartnäckigen Bewerber König Harald Groenski von Norwegen in seinem Schlafgemach verbrennen[3]) und nach einer nordischen Sage die Königin Schottlands, Hermuthruda, gar alle ihre Bewerber eines martervollen Todes sterben.[4]) Derselbe Zug ist auch der deutschen Sage geläufig. Man denke an die in Rückerts Ballade verewigte Mähr von der „Begrüssung auf dem Kynast“[5]) und daran wie Gudruns Vater ihre Freier am Leben bedroht und deren Boten hängen lässt, da er seine Tochter keinem geben wollte, der schwächer wäre als er.

Das skandinavische Recht verhängte schwere Strafen für das Verfassen von Liebesgedichten: In Island Friedlosigkeit und drückende Bussen. Auch sonst in Skandinavien waren Sänger der Liebe Verfolgungen ausgesetzt: Der Skalde Ottar wird für ein Gedicht auf Astrid, König Olafs Tochter, zum Tode verdammt. Nur mit Willen des Mädchens und der Verwandten durften solche Lieder gesungen werden.[6]) Dies wird sich kaum anders erklären lassen, als durch die Drohung, die in jeder Werbung gelegen war und durch die Häufigkeit des Frauenraubes. Demselben Grunde mag entsprungen sein, dass „der heimliche Kuss eines Mädchens mit drei Mark, der geraubte mit Landesverweisung gebüsst wurde.“ [7])

In einem der alten von Saxo mitgeteilten Heldengedichte scheint sich ein direkter Hinweis auf die Sitte des Raubs als Eheschliessungsform erhalten zu haben.

Gramm (der fünfte sagenhafte Dänenkönig) hört, des schwedischen Königs Tochter Gro sei einem der Riesen („Giganten“) verlobt, verdammt diese, eines Königsblutes unwürdige Verbindung und unternimmt einen Krieg gegen Schweden. Er verkleidet sich als Gigant, findet die mit geringer Begleitung durch den Wald zu Bade ziehende Gro und spricht sie mit sanfter Stimme an[8]):

---

[1]) L. VIII, p. 158. [2]) Olav Trygv. c. 106. p. 252. [3]) Weinhold II, 14.

[4]) Saxo L. IV, S. 57. [5]) S., Deutsches Balladenbuch. Lpz. 1852. S. 262.

[6]) Weinhold, Frauen I, 288 f. [7]) Weinhold, Altn. Leben 255.

[8]) Saxo. Paris, Ausg. 1514. Lib. I. fol. IV f.

by Google

„Ne timeat rabidi germanum virgo gigantis,
Me neque contiguum palleat esse sibi,
A Grip missus enim, numquam, nisi compare voto
Fulcra puellarum concubitumque peto."

Cui Gro:

„Quae sensus exsors scortum velit esse gigantum
Aut quae monstriferum possit amare torum!"

. . . .

Gramm contra:

„Regum colla potentium
Victrici perdomui manu,
Fastus eorum turgidos
Exsuperans potiore dextra.
Hinc aurum rutilum cape,
Quo perpes maneat pactio munere,
At firma consistat fides
Conjugiis adhibenda nostris."

Er entledigt sich darauf in Gegenwart der Jungfrau seiner zottigen Larve: „Quam etiam formae suae luculentia ad concubitum provocatam, amatoriis donis prosequi non omisit."

Darauf zieht Gramm gegen Gros Vater, tödtet denselben und bezwingt das Land, Gro aber nimmt er mit sich als seine Gemalin.

Dazu macht nun Stephanius in den geschätzten Noten zur Ausgabe von 1644 (p. 35) die folgende Bemerkung:

„Qui vero Grip hic fuerit, quem se misisse ad virginum raptum Gramm dicit, nec ego, nec mei alter similis dicat;" Grip bedeute soviel wie raptus: „nempe προσωποποιεῖν hêic Grammum, et tecte suum studium negotiumque virgini significare, quod sit raptum . . . et a Gripo hoc est raptu, qui finis sit instituti itineris, missum, hoc est instigatum adesse."

In der Ausgabe von 1839 ist dagegen die Vermutung aufgestellt, Grip sei der Name des Giganten mit dem die Jungfrau verlobt gewesen sei.

Diese Conjunctur ist nicht glücklich. Abgesehen davon, dass der sonst so mitteilsame Saxo einige Zeilen früher von Gros Bräutigam nur als von einem „gigas quidam" spricht, wäre es widersinnig, wenn Gramm sich in einem Athem als Abgesandter von Gros Bräutigam und als glühender Bewerber in eigener Person vorstellen würde. Gro hört, nach ihrer Antwort zu schliessen, aus seinen Worten nur die letztere Absicht heraus. Das „numquam nisi compare voto" steht der Deutung des Stephanius nicht entgegen, denn obgleich Gro selbst gewonnen wurde, ihrem Vater muss er sie doch mit Gewalt entreissen. Das „aurum rutilum", sowie die

„amatoria dona" dürften Beimengung eines weit späteren Rechtsinstituts zu einer altertümlichen Sage sein.

Das Wort Grep kommt übrigens bei Saxo noch einmal mitten im lateinischen Texte, in der Bedeutung von Frauenraub vor. Von Frotho III. (dem 30. der sagenhaften Könige) wird nämlich (Lib. V, p. 85) berichtet: „ut quicquid Grep sinistra morum usurpatione corruperat, bonis artibus expiaret, arbitrariam foeminis nubendi potestatem indulsit, ne qua tori coactio fieret. Itaque lege cavit, ut eis in matrimonium cederent, quibus inconsulto patre nupsissent. At si libera consensisset in servum, ejus conditione aequaret . . . Maribus quoque quamcunque primitus cognovissent ducendi legem inflixit."

Der Sinn der Stelle ist, dass die Frauen oft zu Ehen wider ihren Willen gezwungen, an erwünschten Verbindungen behindert wurden, was häufigen Frauenraub nach sich zog. Frotho bestätigte die Giltigkeit der wider Willen des Vaters geschlossenen Ehen, verordnete aber zugleich, in Zukunft solle die Frau, wenn sie eine solche Ehe mit einem Sklaven eingeht, selbst in Unfreiheit verfallen . . Auch sollten fernerhin die Männer die zuerst Erkannte ehelichen.[1]) Man hat versucht die Häufigkeit des Frauenraubs überhaupt auf die tyrannische Gewalt des Mundwalds zurückzuführen, der die gewünschten Ehen allzuoft behindert hätte. Dies genügt durchaus nicht zur Erklärung, da ebensohäufig auch der Wille des Weibes nicht zu Rate gezogen wurde und die Ehe durch Raub im Leben der Völker eine Stelle einnimmt, die sich aus dieser Ursache nicht begreifen lässt. In der Mehrzahl der Fälle kümmerte man sich ursprünglich überhaupt nicht um den Willen des Mundwalds, allerdings wurde ein Entführungsversuch bei Verweigerung der erbetenen Hand eines Mädchens im Norden als selbstverständlich angesehen, wobei die Neigung des letzteren nicht immer in Betracht kam. Als Harald Schönhaar um Gydas Hand durch Boten freit, wird er abgewiesen, die Boten aber: „intelligebant nullas sibi in praesentia adesse opes, ut invitam abducerent, quare reditum parabant." [2])

Kriegszüge abgeschlagener Werbung wegen unternahmen von Saxo's Königen Helgo [3]), Fridlevus II.: „Interfecto Amundo (Vater des Mädchens), classem instaurat, negatas olim nuptias petiturus" [4]), ferner Haldan, der seinen glücklicheren Mitconcurrenten während der Hochzeitsfeier überfällt und tödtet und sich der Königstochter

[1]) Cf. Die Note des Stephanius. S. 119 üb. die dän. Gesetze, welche die Ehe zw. dem Verführer und der Verführten anbefehlen.

[2]) Olav. Trygv. c. 1. [3]) Lib. III, p. 40. [4]) L. VI, 99 f.

Digitized by Google

bemächtigt[1]) und Gothar von Schweden, der um der Geliebten willen eine grosse Seeschlacht liefert und sie dann mit Gewalt entführt.[2]) Zahlreich sind die Sagen von Berserkern, welche den Vater zum Zweikampf fordern, wenn er es wagt, ihnen die Hand der Tochter zu versagen, wo dann regelmässig irgend ein tapferer Held erscheint, den Strauss siegreich durchficht und die Braut zum Lohne heimführt.[3]) Überhaupt entscheidet Zweikampf gewöhnlich unter zwei concurrirenden Freiern, ein Umstand, in dem die auch sonst vorhandene Analogie zwischen Eigentums- und Eherecht zum Ausdruck gelangt. „Es war Gesetz", heisst es in der Egilssaga, „dass, wer einen andern im Zweikampf erlegt hatte, denselben beerbte." [4]) Die Olav Trygvensonsaga meldet nun bei Gelegenheit der Werbung Olavs um Gyda, Königin von Irland: „Tum tempore in Anglia consuetudo invaluit, si duo de re aliqua contenderent, ut ea de re duello decerneretur, atque is causam obtinere, qui re bene gesta victoria potiretur. Igitur Alfvinius Olavum hac de re ad singulare certamen provocat, moxque pugnae conventum constituunt, ita ut ab utraque parte XII dimicarent." [5])

Bei den germanischen Völkern des Nordens wurde nach alledem ein Zwiespalt zwischen mehreren Bewerbern durch Kampf entschieden, ganz wie bei Buschmännern, Indios bravos, Muras oder Athapasken.

Fassen wir das Ergebniss der vorstehenden Erörterung der Sagas zusammen, so erhellt daraus allerdings nicht, dass bei den Skandinaviern Frauenraub jemals die einzige Form der Eheschliessung gewesen, auch wird nirgends gesagt, ob mit der geraubten Frau nicht noch eine besondere Hochzeitsfeier gehalten zu werden pflegte, was sehr wahrscheinlich ist. Sicher ist jedoch, dass der Sage zufolge die in den skandinavischen Gesetzen nicht anerkannte Ehe durch Raub, ohne Verlobung und Trauung gewöhnlich, dem Sinn des Volkes nicht widersprechend und vollkommen rechtsgiltig war. Die Sagen sprechen hier überall wie bei jeder rechten Ehe von Ehemann und Eheweib, von Erbschaft der Kinder (aus der Raubehe) nach ihrem Vater: Der Raub vertritt in der Sage Verlobung und Trauung, er ist an und für sich Eheschliessungsform.

Nicht die gleiche grosse Rolle spielt der Frauenraub in den,

---

[1]) VII, p. 137. [2]) L. VIII, p. 183 f.

[3]) Vgl. Svarfdaela Saga und Eyrbyggja Saga und überh. Poestion. Berserker und Berserkerwut.

[4]) Müller P. E., Sagabiblioth. Übers. von Lachmann. Berl. 1816. S. 89.

[5]) Ol. Trygvesonsaga. c. 80. I, p. 173 f.

ihren ältesten Formen nach leider verlorenen deutschen Heldensagen. Seit dem zwölften Jahrhundert sind es auch mehr die romantischen Einflüsse des Ostens, die Wirkungen der Kreuzzüge, als echte altnationale Überlieferung, was sich in Entführungserzählungen äussert. Das Nibelungenlied, welches ja den Kampf um und wegen Frauen zu einem seiner Hauptmotive erhoben hat, namentlich aber Gudrun bilden eine Ausnahme. Hauptinhalt dieses Gedichtes ist Krieg und Kampf um ein Mädchen, wobei eine ebenso rücksichtslose Wildheit zu Tage tritt, wie in den verwandten nordischen Sagen. In Gudrun lesen wir:

„Derselben fürsten einer bî Tenemarke saz
Ze Wâleis in dem lande, do er gehôrte daz,
Daz siu (Hilde) sô schône waere, dô rang er nâch ir sêre
Daz versmâhte Hagene (Hildes Vater), er jach, er naeme im beide, lîp und êre

201. Swaz man ie boden sande nâch der megede guot,
Die hiez her Hagene vliesen durch sinen übermuot,
Der wolde s'geben deheinen der swacher danne êr waere
. . . .
202. Boten hiez er hâhen wol zweinzic oder mêr."

König Hetel von Hegelingen wünscht Hilde zu freien und sendet drei seiner Helden nach Irland als Kaufleute verkleidet, während im Schiff 700 andere verborgen sind. Hilde wird selbst gewonnen und glücklich entführt.

Um Hetels und Hildes Tochter Kudrun wirbt nun Siegfried von Môrland, sie wird ihm verweigert: „dar umbe drôte er Hetelen ze brennen al sîn rîche." [1]) Herwig, ein anderer Bewerber, ebenfalls abgewiesen, überfällt Hetels Reich mit dreitausend Mann; es kommt zu grimmigem Kampfe, bis Kudrun einen Waffenstillstand vermittelt. Herwig bemüht sich um ihre Liebe und zum zweiten Mal um ihre Hand, die ihm nun zugestanden wird, doch soll die Hochzeit erst nach Jahresfrist erfolgen. Während Hetel ausser Lands durch einen Kriegszug gegen Siegfried von Môrland beschäftigt ist, meldet sich ein dritter abschlägig beschiedener Freier, der Normanne Hartmut und wiederholt durch Boten an Kudrun seine Bitte [2]):

„Ob si'z gar verspreche, daz si'z niht entuo,
Siu sol mich sehen rîten mit mînen recken zuo,
Zweinzic tûsend helde wil ich belîben lâzen"
Vor Hegeline bürge . . .

Da Kudrun abermals ablehnt, lässt er die Burg tatsächlich stürmen:

[1]) IX. Avent. Str. 584.

[2]) XV. Avent. S. 758 ff.

Digitized by Google

Diu burc diu was zerbrochen, diu stat diu was verbrannt,
Dô hete man gevangen die besten die man vand,
Zwô und sehzic frouwen vil minniclîcher meide
Die fuorten sie von dannen . . ."

Diese Âventiure ist auch: „Wie Hartmuot Kûtrûnen mit Gewalde nam" betitelt.

Die Räuber werden zwar von Hetel und Herwig ereilt, in der folgenden Schlacht fällt aber Hetel, Kudruns Vater und diese wird nächtlicher Weile von den Normannen nebst der übrigen Beute auf schnellen Schiffen weggeführt. Sie widersteht allen ihr gestellten Anträgen Hartmuts, allen Lockungen, Drohungen und selbst Misshandlungen; ihres Vaters Tod — hier macht sich doch ein Gegensatz zu den Sagas bemerkbar — wird zur unüberwindbaren Schranke zwischen Hartmut und ihr. Nach vielen Jahren wird sie endlich, abermals mit Hülfe der Waffen, aus ihrer Gefangenschaft erlöst und auf diesem Wege der Gewalt mit Herwig, ihrem Bräutigam, vereinigt.

Die stereotype Ursache der blutigen Reibungen ist hier Werbung um Kudrun und Abweisung derselben. Die Freier werden von vorn herein als Feinde angesehen und erfahren die denkbar schlechteste Behandlung, worauf sie mit den Waffen in der Hand — und der Vater des Mädchens scheint nichts Besseres zu wünschen — zu erzwingen suchen, was man ihnen nicht gutwillig zu gewähren gesonnen ist. Gelingt endlich der Frauenraub, so werden die Entführer von den Freunden des Weibes verfolgt und vom zweifelhaften Ausgang der Kämpfe das Schicksal derselben abhängig gemacht.

Auch im ältesten der grossen Heldengedichte, dem Lied von Walter und Hildegund findet sich eine Entführungsgeschichte. Freilich entführt Walter die Geliebte nicht aus dem Haus ihres Vaters, sondern aus hunnischer Gefangenschaft.

An sonstigen mannigfachen Beispielen von Frauenraub sind deutsche Sagen und Märchen überreich. Zumeist sind sie aber weniger altertümlich, weniger originell und deshalb auch weniger wertvoll für uns als die nordischen. Wir gehen daher zu anderem, nicht im gewöhnlichen Sinn historischen, specifisch ethnographischen Material über, zu den, teilweise bis auf unsere Zeit erhaltenen Hochzeitsgebräuchen. Diese sind viel zu sehr bemüht ernste und eigentümliche Ereignisse nachzubilden, als dass sie ohne wirkliche Beziehung auf solche hätten entstehen können. Viele von ihnen sind viel zu entschieden der Verfolgung eines scheinbaren, jetzt allerdings nicht mehr vorhandenen Zweckes (z. B. der Abwehr) zu-

gewandt, als dass sie nicht ihre Entstehung einem solchen Zweck zu verdanken haben sollten. Schliesslich sind sie viel zu verbreitet, kommen in viel zu gleichmässigen Formen auf ungeheueren Arealen vor, als dass wir sie aus anderen, denn aus mächtigen, allgemeinen, wahrscheinlich bereits vor der Trennung der Germanen wirksamen Ursachen herleiten dürften.

In Westfalen trägt schon die Werbung einen kriegerischen Anstrich. Während sich der Bursch inmitten der Nacht zum Fenster der Geliebten stielt, lässt er seine Freunde Wache stehen, um etwaige Nebenbuhler oder den Vater des Mädchens nötigenfalls mit Gewalt ferne zu halten. Die dabei ausgeteilten Schläge sollen nicht selten wesentlich zur väterlichen Genehmigung beitragen.[1])

Bei den Skandinaviern wurde zwar die Werbefahrt friedlich, aber mit einer Schaar von Genossen vorgenommen, „welche zum Hof des Vaters der Braut ritten. So warb man für sich oder für andere.“[2]) Ein oder zwei Tage vor der Hochzeit sandte darauf der Bräutigam Verwandte und Freunde die Braut abzuholen, welche mit hoher Busse ihm dafür bürgten, dass er sie unversehrt empfange. In den früheren Jahrhunderten war es daher Brauch, dass die Boten bewaffnet erschienen und nachdem sie ins Brauthaus gekommen Geisseln stellten und empfingen, worauf der Mundwald der Braut Waffen und Sättel unter Schloss und Riegel brachte, dann erst wurde die bestimmte dos übergeben und zum festlichen Mal geschritten.[3])

Ebenso kommen im Salzburgischen (bei Hallein) die vom Bräutigam zur Abholung der Braut beauftragten Brautführer mit bewaffneter Schaar in das Brauthaus.[4]) In Hessen reitet der Bräutigam mit dreissig bis vierzig Freunden nach dem Dorf der Braut, wo man sich vor ihrem Haus in weitem Halbkreise aufstellt. Die Braut spielt die Unwissende und lässt nach ihrem Begehr fragen, worauf einer der Burschen im Namen des Bräutigams erwidert sie kämen um die Braut. Zwei Mal nacheinander werden nun greulich verkleidete alte Weiber als falsche Bräute zur Tür herausgeschoben, das Gefolge bricht in offene Wut aus, flucht, tobt und droht und reitet die zwei Vogelscheuchen beinahe zu Boden. Dann erst erscheint die wirkliche Braut auf der Schwelle und ladet alle zum Frühstück ins Haus, wo so viele junge Mädchen versammelt sind, als Burschen den Bräutigam begleitet hatten, hierauf folgt der Zug in die Kirche, wobei jeder Bursch ein Mädchen vor sich auf das Pferd nimmt.[5])

---

[1]) Gartenl. 1864. S. 504. [2]) Weinhold I, 316 f. [3]) Stiernböök S. 158 f.
[4]) Weinhold I, 385. [5]) Düringsf. 149.

Digitized by Google

Auf dem Hartfeld in Schwaben erfolgt eine stürmische Entführung der Braut durch die Freunde des Bräutigams nach seinem Hause[1]); in Mecklenburg führen die Dorfburschen eine Scheinbelagerung des Brauthauses durch, bis es den Frieden erkauft.[2]) Daselbst findet auch „zum Kehraus" eine obligate Balgerei statt die erst ein Ende nimmt, wenn der Bräutigam seine Braut erhascht und ergreift.

Im Ampezzotal (einer deutschen Colonie in Südtyrol) stürmen nach der Trauung die geladenen Freunde des Bräutigams zu Pferde und bewaffnet in das Brauthaus, rauben die Jungfrau und bringen sie wieder in die Kirche: erst nach längeren Verhandlungen geben sie sie dem Bräutigam heraus. Allerdings erscheint hier der letztere als Beraubter, da aber seine Freunde die Täter sind, und die Neuvermälte wieder nach der Kirche gebracht wird, ist es wahrscheinlich, dass er selbst ursprünglich als erste und Hauptperson an dem Scheinraube teilnahm.[3])

In Hoorn (Niederlande) lassen die sog. Speelnots (Spielgenossen) erst die Braut, dann auch den Bräutigam unbemerkt aus dem Tanzsaal entschlüpfen. Dann erscheinen sie wieder und bereiten durch den Ruf: „Die Braut ist im Schiff!" dem Fest ein jähes Ende.[4])

In Skogboland auf Upland unternehmen die Männer der Hochzeitsgesellschaft gegen Ende des Festes einen scherzhaften Raubzug nach den umliegenden Höfen.[5])

Aus der Oberpfalz wird berichtet, dass dort die jungen Leute des Dorfes am Hochzeitsfest durch „Fänge und Raupereyen" teilnehmen, indem sie in den Häusern die Türen ausheben, die Kamine verstopfen, ja ganze Wagen auf die Firste der Häuser bringen u. dgl. m.[6]) In der Bretagne wird die Braut hinter den Bräutigam aufs Pferd gesetzt und dann erfolgt ein Wettrennen zwischen ihm und den geladenen Gästen[7]), also Scheinflucht und Verfolgung. In Valdajeu (Vogesen) kommt der Bräutigam mit fünfzehn Begleitern zum Vater der Braut um ihre Sachen abzuholen (zwei Tage vor der Hochzeit). Hier findet er eine Schaar junger Leute versammelt und es entbrennt ein heftiger Kampf um einen alten Koffer. Kann derselbe nicht geraubt werden, so werden die Sachen der Braut nicht eher ausgeliefert, bis der Bräutigam sie gelöst hat.[8]) Auch in Hessen bestehen die „Brautknechte" mit den Bräutigamsknechten einen Strauss um die Ausstattung.[9])

---

[1]) Weinh. I, 411. [2]) Düringsf. 119. [3]) das. 116. [4]) Weinhold I, 391
[5]) Weinh. I, 391. [6]) Schmidt, Jus primae noctis 140 f.
[7]) Düringsf. 246. [8]) das. 252. [9]) Klemm, Frauen II, 178.

In Oberbaiern wird die Braut zur Hochzeit in Trauer, schwarz oder violett gekleidet[1]); in Rauen (Mark) wirft man vor dem Kirchgang auf die Schwelle des Brauthauses einen Feuerbrand[2]); in Norwegen reitet das Brautpaar zur Kirche auf aneinandergeketteten Schimmeln.[3])

Diese Beispiele, so verblasst sie auch teilweise sein mögen, schliessen sich ihrem Charakter nach auf das Engste an die unzweideutigen, mit der wirklichen Institution einer Raubehe in unmittelbarer Fühlung befindlichen, bei den Slaven erhaltenen Formen an, stellen sich demnach als Fortsetzung und Entwicklung solcher oder ähnlicher Formen, somit als Rest des als Eheschliessungsform rechtlich anerkannten Frauenraubes dar.

Mit Recht beziehen Peschel[4]) und Deecke[5]) den Ausdruck „Brautlauf“ für Hochzeitsfest auf dieselbe Institution. Der Name ist seit den ältesten Zeiten über alle germanischen Länder verbreitet, den Norwegern noch jetzt in der alten Bedeutung geläufig. Nach Wilda hiess brûdlaup (altnordisch) Übergabe der Braut durch ihre Freunde[6]), nach Weinhold Fahrt der Braut zum Hause des Mannes[7]), erst später das ganze Hochzeitsfest. Der ursprüngliche Sinn kann das nicht wol gewesen sein, eine Beziehung auf den Frauenraub ist anzunehmen, ebenso wie beim analogen Ausdruck „Brautjagd“ in Lothringen[8]), beim altnordischen „qvânfang, konfang, verfang“ d. h. Frauenfang für Ehe[9]) und beim gothischen „quên liugan“ das Weib verhüllen, verschleiern[10]), binden für Heiraten, sowie beim gleichbedeutenden mittelhochdeutschen: „der briute binden.“

Das Verhüllen des Hauptes der Braut ist bei den germanischen Hochzeitsbräuchen nicht selten. Man bedeckte in Skandinavien die Braut mit einem Leinentuche, das über das ganze Gesicht

---

[1]) Weinh. I, 389. [2]) Düringsf. 117.

[3]) Wiener Abendpost 1880. 27. Dez. Beilage Nr. 296.

[4]) Völkerkunde 236. [5]) S. 32 f. [6]) S. 803. [7]) I, 407.

[8]) Über Land und Meer 1872. Nr. 14, S. 6.

[9]) Grimm R. A. 419. Deecke 32; Über Brautlauf, Brautfang u. Frauenraub in der germanischen Göttersage ders. S. 37; für Verloben findet sich im a. n. festa konu d. i. ein Weib festigen, Deecke 18; vgl. Weinhold I, 340 Note, entsprechende deutsche Worte sind: vestenen, bevestenen. Darin ist schwerlich ein Rudiment der Raubehe zu erblicken, da Verlobung und Raubehe überhaupt im Widerspruch stehen. Über Brautlauf s. ferner ausser Grimm, Wörterb. II, 336 f. u. Schmidt, Jus primae noctis 129 die daselbst citirten Werke: Deutsche Encyklopädie Bd. 3, 4 Frankf. a. M. 1870 unter „Brautlauf“, Simrock, Mythol. § 147 unt. Hochzeit. Schönwerth, Fr., Sitten u. Sagen aus der Oberpfalz 1. Th., Augsb. 1857. S. 121. Dümge, Karl G., Symbolik germanischer Völker 1812.

[10]) Deecke 34.

Digitized by Google

herunterhing, so dass man sich bücken musste um sie anzusehen, ebenso hielten es die Ditmarschen.[1]) Auf Sylt waren Kopf und Körper durch einen Überhang bedeckt, aus dem sie durch eine viereckige Öffnung heraussah. Wo diese Verhüllung anderwärts noch vorkommt, ist sie mindestens von scheinbarem Frauenraub begleitet. Das römische nubere bedeutet bekanntlich verhüllen, nupta die Verhüllte, nuptiae die Verhüllung, wirklich wurde die entführte römische Braut mit feuerrotem Schleier umhüllt in das Haus des Gatten gebracht. Auch bei den Uskoken gehört das Einhüllen des Kopfes der Braut zu den Bestandteilen des Entführungsaktes.

Die vermutliche ursprüngliche Bedeutung des „Brautlaufs" äussert sich in Gegenden Deutschlands — wie es scheint nicht mehr in Skandinavien — durch ein Haschen und Fangen der Braut durch den Bräutigam; so in der Altmark und überhaupt in den Marken: Nach der Trauungsmalzeit tanzt die Braut dem Verwandtschaftsgrade nach mit sämmtlichen Männern, erst zuletzt mit dem Bräutigam. Darauf wird zwischen den Brautleuten an einem bestimmten Platz im Freien ein Wettlauf vorgenommen. Zwei rüstige junge Männer nehmen die Braut zwischen sich, der Bräutigam gibt ihr einen Vorsprung und der Brautlauf beginnt. Wird die Braut von ihrem Verfolger nicht eingeholt, so darf er für Spott nicht sorgen.[2])

Im Traungau (Baiern) laufen die jungen Bursche um den Schlüssel, der den Eintritt in das Brautgemach, folglich den Besitz der Braut versinnbildlichen soll. Auch dieses Spiel wird Braut- oder Schlüssellauf genannt.[3]) Es nähert sich insofern dem Frauenraube als es symbolisch und scherzhaft den Besitz der Braut von einer Kraftprobe, einem Wettkampf mehrerer Bewerber abhängig macht.

In Betzingen (Schwaben) springt die Braut beim Heraustreten aus der Kirche auf und davon und verbirgt sich im ersten besten Haus, ist sie wiedergefunden, so geht sie eine Strecke mit, trachtet aber, so oft die Gelegenheit sich darbietet ihre Flucht zu wiederholen.[4]) Genau das Gleiche berichtet man aus Steiermark und von den Siebenbürger Sachsen.[5]) In den Vogesen flieht die Braut gleich nach der Trauung in der Richtung ihres Heimatshauses und wird mit Geschrei eingefangen.[6]) Auch beim übermütig heiteren Brautzug der Gascogne flieht sie plötzlich und wird von der ganzen

---

[1]) Weinhold, Frauen I, 386. Altnord. Leben 247.

[2]) Weinhold I, 386. [3]) Düringsf. 121. [4]) das. 146.

[5]) Weinhold I, 384. [6]) Düringsf. 252.

Gesellschaft verfolgt, wer sie zuerst fängt — so glaubt man — wird auch am ehesten heiraten.[1])

Scherzhafte Kämpfe mit den Frauen um ihnen das Mädchen zu entreissen sind ziemlich verbreitet; wir erwähnen nur des sog. Wegtanzes in Skogboland (Upland), bei dem die Männer den Mädchen, die Mädchen den Frauen die Braut streitig zu machen suchen[2]), sowie des Spiels in der Soester Börde (Westfalen), wo die Frauen die Braut zuerst um den Heerd, dann um das ganze Haus des Mannes geleiten, auf dass sie sich an ihr neues Heim gewöhne und dem Gatten nicht entlaufe. Zuletzt kommt der Bräutigam, entführt die Braut den Frauen und nimmt sie mit sich in die Kammer.[3]) — Der Ursprung der letzteren Scherze könnte vielleicht ohne Bezugnahme auf Frauenraub erklärt werden, was nicht mit allen Hochzeitsfestlichkeiten der Fall ist. Dies gilt vom Verstecken der Braut vor dem Bräutigam und dem Versperren des Brauthauses vor ihm und den Seinen.

In Schweden wird die Braut an manchen Orten vom Bräutigam und seinen Gehilfen tief im Heu versteckt gefunden.[4]) Im Bündtner Ramsthal[5]), in Eger (Böhmen)[6]), auf der Halbinsel Guérande[7]), in der alten Provinz Bresse (im Jura) muss die im Haus verborgen gehaltene Braut vom Bräutigam gesucht werden, der überdies durch mehrfaches Vorschieben falscher Bräute gefoppt wird[8]), im bairischen Traungau verkriecht sich das Mädchen, wenn die Hochzeitslader erscheinen; der „Procurator", deren Anführer, „schnobert" indem er die Nase hoch in die Luft streckt nach ihr und spricht bedachtsam: „Mir scheint, mir scheint hier ist die Braut", worauf er sie sucht und aus ihrem Verstecke hervorzieht.[9])

Deutet man diese Spiele durch die gleichen der slavischen Völker, so versteht man wol eine Gefahr, die Furcht vor räuberischem Überfall, vor der mit der Werbung und Heimführung verbundenen Gewaltsamkeit, habe ihnen zur Entstehung verholfen.

Die naturgemässe Feindschaft zwischen dem Entführer und der Mutter des Mädchens findet ihren Nachklang darin, dass in Oberschwaben die letztere sich den ganzen Tag der Hochzeit über nicht sehen lässt[10]), an der Salzach nicht am Feste teilnimmt.[11]) Ein entsprechendes Relief erhalten diese Tatsachen erst durch den Vergleich mit den über die ganze Welt verbreiteten, den Ver-

---

[1]) Longfellow, Poet. Works. Lond. Routledge p. 64 f. [2]) Weinh. I, 391.
[3]) Düringf. 223. [4]) das. 9. [5]) das. 113. [6]) das. 179.
[7]) das. 247. [8]) das. 252. [9]) das. 121. [10]) das. 142.
[11]) Weinhold I. 397 Note 4.

Digitized by Google

kehr zwischen Schwiegersohn und Schwiegermutter beschränkenden Regeln.

War ein Mädchen geraubt, so wurde der Räuber von den Freunden und Verwandten desselben, von allen Dorfgenossen desselben verfolgt, man suchte es ihm zu entreissen, abgewiesene Freier mochten den Brautzug nicht selten bedrohen, der daher seit Alters bis auf die Gegenwart mit bewaffnetem Geleit versehen wurde. König Chilperich gibt seiner Tochter nach Spanien ein Heer zur Bedeckung mit, so dass Trauer in Paris herrscht, wegen des erzwungenen Zugs in die Fremde [1]), Theodorich lässt seine Schwester zu ihrem Gemal, dem Vandalenkönig Trasamund von tausend angesehenen Goten, denen wieder 5000 Streiter folgen, als Leibwache begleiten [2]); in Schweden wurden lange nach Einführung des Christentums die Bräute oft am Wege zur Trauung geraubt. Daher nahmen Bewaffnete als Bedeckung am Zuge teil, der grösseren Sicherheit wegen feierte man die Hochzeit meist des Nachts und bei dem Schein von Fackeln, welche zugleich zur Beleuchtung und im Fall der Not zur Verteidigung dienen sollten.[3]) In der Schweiz (Waadland) findet die Trauung in aller Stille, ausserhalb der Gemeinde statt; in Zürich ebenso und das Hochzeitsfest in einem noch entfernteren Orte. Die Gesellschaft fährt selbst bei Hitze in geschlossenen Wägen, welche erst bei der Rückkehr aufgeschlagen werden.[4]) Seit jeher war der Brautzug Überfällen ausgesetzt. Schon die Lex Salica enthält die folgende Strafbestimmung dagegen, allerdings nur in den Codd. 5—10 und in der Emendata: Tit. XIV De rapto ingenuorum uel mulierum (§ 14, resp. 6 u. 10). „Si quis puella sponsata ducte ducente in uia adsallierit, et cum ipsa uiolenter moecatus fuerit, malb. changichaldo, . . sol. cc culp. iud. Nach Kerns Erklärung (§ 84) bedeutet die Glosse „marring the way, impeding one in going.“

Damit vergleiche man die Lex Aistulphi 15 (a. 755) „Pervenit ad nos, quod dum quidam hominis ad suscipiendum sponsam cuiusdam sponsi cum paranimpha et troctingis ambularent, peruersi hominis aquam sorditam et stercora super ipsa jactassent. Sed quia cognouimus malum hoc per singula loca fieri, preuidimus, ne pro hanc causam scandala uel humicidias surgant, ut si quiscumque liber homo talem rem facere temptaverit, conponat solidos nonientûs, medietatem regi et medietatem ad mundoald eius.“

---

[1]) Greg. Tur. Hist. VI, 45.

[2]) Weinhold 327 nach Procop.

[3]) M'Lennan 56. [4]) Düringsf. 112.

Wie wenig solche Verordnungen fruchteten, beweist der noch im Anfang des 16. Jahrhunderts gegen einen ähnlichen Unfug, eine „consuetudo pravorum juvenum“ gerichtete Erlass. In Pavia hatten nämlich jene „pravi juvenes“, „pro pelle sponsae“, wie sie sagten, durch grosse Belästigungen von den Vorbeiziehenden ein Lösegeld erpresst.[1])

In ganz Deutschland findet sich das Entführen der Braut durch die Dorfjugend als ein teilweise bis heute erhaltenes Hochzeitsspiel.[2]) In Friesland war es in früheren Zeiten gebräuchlich, gegenwärtig beschränkt man sich auf einen Tanz um das Krönchen der Braut, welches der Behendeste raubt.[3]) In Westfalen[4]) und der Oberpfalz[5]) machen die Dorfburschen den Versuch die Jungfrau nach der Trauung zu entführen, die mit Knütteln versehenen Brautführer aber wehren dies um so entschiedener, als ein Gelingen des Streichs jeden eine Flasche Wein kostet. Im Jura entführt man die Frau nach der Trauung aus dem Haus des Gatten und hält sie über Nacht versteckt.[6]) In der französischen Schweiz stürzen, sobald der Zug aus der Kirche tritt, die jungen Leute aus einem Hinterhalt hervor und drohen die Braut zu rauben. Aufgabe der Hochzeitsburschen ist es die Angreifer zurückzutreiben.[7]) In Luzern stielt man bisweilen die Braut aus dem Wirtshaus wo der Hochzeitstanz stattfindet. „Brautmutter“ und Bräutigam finden sie in einem andern benachbarten Wirtshaus und müssen als Lösegeld den Entführern die Zeche bezahlen.[8]) In Oberschwaben begleiten vielfach bewaffnete Brautführer die Braut „damit sie nicht gestohlen werde“, an manchen Orten nehmen selbst vor dem Altar diese Hüter die Braut in die Mitte, anderwärts hat die Function des Schutzes der mit einem Degen ausgestattete „Hochzeitsknecht“. Nach der Trauung befestigen die Beschützer ihre Waffen zu Häupten des Brautpaares an die Decke des Wirtszimmers, wozu in einigen Wirtshäusern besondere Ringe angebracht wurden.[9]) „In Hertsfeld gehen die Burschen sehr entschlossen auf das Brautstehlen aus, welches sie in der Weise wie es in Tirol und Baiern geschieht zu bewerkstelligen suchen. Die Brautführer die sich die Braut rauben liessen,

[1]) Zöpfl, Deutsche Rechtsgesch. 1872. III, p. 13, Anm. 41 aus Rochus de Curte. Tractatus de consuetudine. Lugd. 1525.

[2]) In ethnographischen Zusammenstellungen ist dasselbe mit der Scheinentführung der Braut durch den Bräutigam vermengt worden, von welcher es offenbar grundverschieden ist.

[3]) Düringsf. 234. [4]) Gartenl. 1864. S. 504.

[5]) Schmidt, Jus primae noctis. S. 141.

[6]) Düringsf. 254. [7]) das. 106. [8]) das. 110. [9]) das. 140.

müssen ihre Unachtsamkeit mit 8—10 Gulden bezahlen, eine Busse die . . . oft schon zu den grössten Streitigkeiten und Feindschaften Anlass gegeben hat, besonders wenn die Braut von einem früheren Liebhaber gestohlen wurde." [1])

In Baiern wird das Stehlen der Braut zumeist nach der öffentlichen Verlobung, während des folgenden „Krautessens" ausgeführt, bisweilen von „Aufgestellten" des Bräutigams, häufiger von einem listigen Burschen, welcher, glückt sein Anschlag, mit Hilfe einiger Genossen seine Beute in ein nahes Wirtshaus bringt, bis endlich der verwittwete Hochzeiter sie durch den Hochzeitslader mit einer Laterne und einer Mannschaft mit Schellen, Stangen und Besen abholen lässt, wobei er ausser der Zeche noch eine Busse zu entrichten hat.[2]) Im deutschböhmischen Riesengebirge wird die Braut nach dem Trauungstag um Mitternacht von den Frauen nach Hause in ihre Kammer entführt und muss vom Bräutigam, nachdem man ihm zwei möglichst alte falsche Bräute angeboten, mit Geld ausgelöst werden[3]). In Salzburg[4]), Lienz (Tirol), wo eine Mischung von Baiern und Slovenen stattfand[5]), in Steiermark[6]), sowie bei den Siebenbürger Sachsen, wo der Bräutigam die Entführte wieder erobern oder loskaufen muss[7]), ist die nämliche Sitte des Brautstehlens nachweisbar. Dieselbe bietet uns zugleich einen Schlüssel für die Entstehung anderweitiger vom Bräutigam an die Dorfjugend zu entrichtender Abgaben. Auf der Insel Texel (Friesland) fragen die Burschen den aus der Kirche tretenden Bräutigam: „Die Braut oder ein Fässchen?!" worauf er bereitwillig das Fässchen gewährt.[8]) Überall endet das Entführen mit Loskauf durch eine Baarzahlung oder Bestreitung der Zeche für die Räuber. Nicht minder verbreitet ist das dem Sinn nach adäquate Hemmen oder Schätzen des Brautzugs, Sperren des Weges durch die Burschen des Dorfs mittelst Ketten, Blumengewinden, Bändern, Stricken oder Balken. Auch hier muss der freie Durchzug durch grössere oder geringere Abgaben erkauft werden. Im Jahre 1589 richtet König Philipp II. eine Verordnung gegen solche, dazumal in den Niederlanden geübte Belästigung.[9]) Noch im Jahr 1696 hielten die Junggesellen des Dorfes

[1]) das. 145. In Wildbad ist es vorgekommen, dass die Braut vom Altar weg gestohlen wurde l. c. 146.

[2]) Das. 125, über die Form der Sitte zu Tegernsee S. 126. [3]) das. 190.

[4]) Nach eigener Erkundigung. [5]) Düringsf. 114.

[6]) Gartenl. 1882. S. 158 und nach eigener Erkundigung.

[7]) s. Fr. Fronius, Bilder aus dem sächs. Bauernleben in Siebenb. Wien 1879.

[8]) Düringsf. 233.

[9]) Wortlaut der Verordnung bei Karl Schmidt, Jus primae noctis. S. 144. Note 5.

Hargnies (Prévoté von Agimont) ein neuvermältes Paar auf, das in der Nacht den Ort passiren musste und verlangten vom Mann zwei Taler „soulle“geld. Als er sich weigerte pfändeten sie seine Jacke und verteidigten sich, da es deshalb zu einem Strafverfahren kam, damit, dass sie für das droit de soulle an die Gemeinde jährlich zwei Franken bezahlten.[1])

Charakteristisch ist der verwandte Gebrauch in der Oberpfalz, wo die Dorfjugend sich beim Zug in die Kirche und aus derselben um das Paar herumtreibt und schreit: „Braiggé lays di! Bràd lays di! I zreis di!“ (Bräut'gam lös dich, Braut lös dich, ich zerreiss dich!) worauf die Brautleute um sich zu „lösen“, bereit gehaltene kleine Münzen auswerfen.[2])

Im Rheinland wird der Zug zu Land und zu Wasser mit Blumenketten gehemmt, die Sperrenden ladet man zur Hochzeit, wo der Loskauf mittelst des „Kauf der Braut“ genannten Fischmals bewerkstelligt wird. Trotzdem erfolgen mitunter bei dieser Gelegenheit Angriffe gegen das Paar, der Bräutigam opfert da wol seinen Rock, die Braut ihre Strumpfbänder.[3])

Nicht immer ist die Loskaufssumme unbedeutend, in der Tepler Gegend (Böhmen) beträgt sie bis 10 und 15 Gulden, im Salzburgischen ist sie gleichfalls beträchtlich. Darum fährt dort ein Brautzug mit besonderer Hast durch jedes fremde Dorf.[4]) In Sachsen (bei Pirna) geschah es noch im Jahr 1879, dass der Bruder des Königs am Weg von Burschen angehalten wurde, welche einen Scheinüberfall auf eine Hochzeit vor hatten und den falschen Wagen angriffen.[5]) In Friesland besorgt das Hemmen oft ein bewaffneter Mann, statt aller anderen Behinderungsmittel.[6])

Von der Verbreitung der in Rede stehenden, local oft gar bunt und poetisch ausgeschmückten Sitte gibt die folgende Übersicht einen Begriff: Sie findet sich: In Friesland, den Rheinlanden, Thüringen, wo sie „Schätzen“ genannt wird und der Bräutigam sich mit einem Groschen loskauft[7]), speciell in Altenburg[8]), ferner in Deutschböhmen: Eger: Tepler Gegend, Budweis, Fuss des Erz- und Riesengebirges (— Hemmen des Wagens mit dem Geräte der Braut: Kammerwagens —) Sachsen, Schwaben[9]), Oberpfalz, Hessen[10]) (— gleichfalls Aufhalten des Kammerwagens —), im schweizer Be-

---

[1]) Düringsf. 145. [2]) das. 130.

[3]) das. 234. Bereits Gerard von Loon (1. Hälfte des 17. Jahrhs.) berichtet von diesem Fischkauf. Schmidt a. a. O. S. 140.

[4]) Nach persönlicher Information.

[5]) New-Yorker Staatszeitung vom 10. Mai 1879. [6]) Düringsf. 233.

[7]) das. 157. [8]) das. 167. [9]) das. 138. [10]) das. 149 f.

zirk Baden (wo man vom Auskaufen der Braut bei der Knabschaft spricht)[1]), sowie in der Schweiz überhaupt[2]), in Tirol[3]), Salzburg[4]), Steiermark[5]), bei den Deutschen in Ungarn[6]), wo die Braut ihren Vater und durch den Mund des „Bittmanns" alle Welt um Verzeihung bittet. Die im Brauthaus erschienenen Junggesellen ziehen eine seidene Schnur „für". Sie wählen einen Redner, der ein ungeheures Lösegeld, eine Tonne Gold u. s. w. begehrt: „Werden sie unser Begehren nicht gewähren, so begehren wir die Jungfrau zurück mit Ehren." In Wahrheit sind sie natürlich bescheidener und begnügen sich mit einem Glas Wein und einigen Bissen Brod.

Selbst ins italienische Culturgebiet reicht das „Hemmen" hinüber. Es wird in Valtelin, Piemont, Pistoja, Tarentino, sowie in der Romagna vorgenommen.[7]) Der Umstand, dass es dorthin kaum anders als mit den germanischen Einwanderungen gedrungen sein kann, bildet einen weiteren Beweis für das hohe Altertum der Sitte.

Von den Brautführern der Provinz Seeland berichtet ein niederländischer Autor zu Beginn dieses Jahrhunderts[8]): Am Abend gibt es zarte Kämpfe zwischen ihnen und dem jungen Gatten, der sich anstrengt seine Schöne aus ihren Händen zu ziehen, um sie zum Ehebett zu führen; er erreicht seinen Zweck sie sich abtreten zu lassen nur durch eine Abfindung. Im Mittelalter musste der Bräutigam an sehr vielen Orten eine Abgabe bezahlen, widrigenfalls die Hochzeitsnacht durch Lärmen (Charivari, Katzenmusik) gestört wurde. Die Abgabe konnte in einer Speise, in Geld, oder einem anderen durch die Sitte bestimmten Gegenstand bestehen. Schmidt führt aus verschiedenen Gegenden Frankreichs urkundliche Belege dafür aus dem 14. und 15. Jahrhundert an. Namen der Abgabe waren: Droit de coillage, cullage, coullage, vin de couchier u. s. w. Schmidt deutet dies dahin, dass der Bräutigam sich das Recht der ersten Nacht von seinen Kameraden gewissermassen erkaufte, sicher ist, dass er die Braut von ihnen lösen musste. In einer Urkunde vom Jahre 1390 wird ihr Recht „droit du ban" genannt; Carpentier (Glossar. novum ad script. med. aevi Par. 1766) und Du Cange führen es unter dem Namen „bannum" an, eine Bezeichnung, die auf den mutmasslichen Ursprung der Sitte, nämlich auf Busse für Frauenraub zurückführt.

Zum Schluss noch einige Bemerkungen über „Des roubes brouch vnd recht" im Sinn von Ehe, in mehreren schweizer

---

[1]) Düringsf. 106. [2]) das. 113. [3]) l. c. 113, 144.
[4]) Eigene Erkundigung.
[5]) detto: so speciell in der Gegend von Admont.
[6]) Düringsf. 50. [7]) das. 104. [8]) Schmidt l. c.

Weisthümern.[1]) Es bestand nämlich zwischen „dreizehentehalb“ Stiftungen und Gotteshäusern der Brauch, dass die Leibeigenen des einen sich leibeigene Frauen des anderen „rauben“, wie die Weisthümer sich ausdrücken denselben abrauben durften. Wer eine Frau geraubt hatte musste dafür den „Raubschilling“, bestehend aus drei Schillingen und einem Paar Handschuhe oder 18 Pfennigen dem bisherigen Herrn seiner Frau erlegen, eine Pflicht, welche oft vernachlässtgt wurde, weshalb auch, nachdem schon 1403 ein Weisthum über den Gegenstand zustande gekommen war, im Jahre 1560 ein feierlicher Vertrag der beteiligten Gotteshäuser abgeschlossen wurde, worin es heisst: „was ain jeder bisz uf dato geroubet, das soll geroubet sein und darbei bleiben;“ . . . „von einem stift an das andere rouben; . . . der man roubt das weib; . . . das gotshaus dem sie abgeroubet ist; . . . und sturbe der mann vor ir ab, und es roubet si ain anderer mann . . . widerumb von disem stift . . an ain anderes hinweg; . . Die weiber und männer diser gotsheüser können weiben und mannen nach irem besten fuog und soll das weib dem mann nachgehören, nach desz roubs brouch vnd rëcht.“

Es lässt sich nicht mit voller Sicherheit behaupten, ob der Ausdruck Raub, Rauben, Abrauben, hier nicht im übertragenen Sinn für Berauben gebraucht ist, da ja durch die Heirat der bisherige Herr der Frau seiner Leibeigenen beraubt wurde. In Anbetracht der in der Schweiz bis in die Gegenwart erhaltenen Entführungssymbolik ist es jedoch wahrscheinlich, dass auch jene Ausdrücke in ihrem eigentlichen Sinn, mit Bezugnahme auf die mit der Ehe verbundene Scheinentführung oder auf Überlieferung von derselben in Anwendung kamen.

Wollen wir unsere Classification auf die Germanen anwenden, so müssen dieselben zunächst der ersten Stufe der ersten Klasse zugeordnet werden: Sie übten in beträchtlichem Maasse den Frauenraub ohne jede Verständigung mit dem Gewalthaber der Geraubten, die alten Deutschen sanctionirten denselben sogar durch leges minus quam perfectae. Ferner gehören die Germanen auch zur

[1]) S. Grimm, Weisth. I 282, IV 412, 414, 416 u. V 735. Die Literatur hiezu Schmidt, J. pr. n. S. 63 und die dort angeführten Werke: Ildefons von Arx, Gesch. des Cantons St. Gallen. St. Gallen 1810, 1811. 2 Bde. Bd. II, S. 167 f. Osenbrüggen, Studien zur deutschen und schweizerischen Rechtsgesch. Schaffhausen 1868. IV: Jus primae noctis. S. 94.

Digitized by Google

zweiten Stufe der ersten Klasse (Nachträgliche Verständigung mit dem Gewalthaber): Dies war zur Zeit der Volksrechte der normale Verlauf eines Frauenraubes, endlich drittens zur zweiten Klasse: Blosse Hochzeitsspiele, kein wirklicher Raub. Für die dritte Stufe der ersten Klasse (vorherige Verständigung) sind nur wenige Fingerzeige erhalten, die vermuten lassen, dass dergleichen vorkam.

Die erhaltenen Nachrichten gestatten die altgermanische, im wesentlichen vorhistorische Institution der Raubehe, namentlich mit Hilfe der slavischen Analogie zu reconstruiren:

Die Germanen haben, gleich der Mehrzahl der übrigen, besonders auch arischen Volksstämme eine Zeit durchlebt, in welcher ihnen Frauenraub eine normale Art Ehen zu schliessen war. Sie ververschafften sich Ehefrauen im Wege der Gewalt, mit Hilfe bewaffneter Freunde, wobei sie mitunter, wenngleich nicht immer, den Willen des Mädchens zu Rate zogen, die Zustimmung seines Gewalthabers aber nicht in Betracht kam. Ein Freier, sobald das Freien überhaupt üblich geworden, — wurde daher noch durch lange Zeit später, mindestens zum Scheine als Feind der Familie angesehen und behandelt. Häufig genug sah man den Überfall voraus, ohne ihn abwehren zu können; dann suchte man das Mädchen im Haus zu verbergen oder liess es flüchten. Wenn es dem Bewerber nicht gelang sie zu finden, resp. einzuholen, so war hiemit die beabsichtigte Ehe vereitelt. Spätere Förmlichkeiten, Scherze und Benennungen der Hochzeit können dadurch und nicht anders am füglichsten erklärt werden.

Dem innigen Verband der damaligen Familie, sowie dem kriegerischen Geiste der Zeit entsprach es, dass sowol die Verwandten des Weibes, als die übrigen Dorfbewohner dem Angriff heftigen Widerstand entgegensetzten, ja, dass sie es mitunter — soferne man Sagen und Gedichten als Spiegel der Zeit trauen darf — mit Fleiss auf blutige Kämpfe ankommen liessen, um die Braut nur dem Tapfersten zu Teil werden zu lassen. Auch suchten sie die Entführte den Händen des Räubers zu entreissen, jedenfalls aber diesen aufzuhalten und ihm mindestens eine Busszahlung abzuzwingen, bevor sie ihn ziehen liessen. Daher das so weit verbreitete „Hemmen“ und das damit überall verbundene Lösegeld. Da der Hochzeitszug auch sonstigen Gefahren und Belästigungen; die Braut — vielleicht von abgewiesenen Freiern — sogar Insulten ausgesetzt war, trug der erstere vielfach einen kriegerischen Anstrich; man rüstete dazu wie zum Kampf und liess ihn durch Bewaffnete decken, oder rasch und heimlich vor sich gehen. Darum ist heute noch an vielen Orten Geschrei und wilder Waffenlärm

mit diesem Fest untrennbar verbunden. Der Frauenraub selbst und die aus dessen Abwehr entstandenen Übergriffe wurden von Seiten der geistlichen und weltlichen Gesetzgebung Jahrhunderte lang bekämpft und endlich unterdrückt, nicht ohne dramatisch bewegte Spiele als lebendige Zeugen ihres Bestandes zurückgelassen zu haben. Die Ähnlichkeit dieser Sitten bei Slaven und Germanen, besonders aber die Übereinstimmung in der Bestrafung der zustimmenden Entführten durch Verlust des Erbrechts ist so auffallend, dass eine unabhängige Entstehung bei beiden Stämmen, ebensosehr als die Übertragung von einem Stamm auf den andern unwahrscheinlich ist. Es wird hiemit eine weite Perspective auf eine Reihe wichtiger, die gemeinsamen Vorfahren der Slaven und Germanen betreffender Fragen eröffnet, die jedoch ausserhalb des Rahmens dieser Abhandlung liegen. Dasselbe gilt von einem Teil der nachstehenden Erläuterung des Titels De reipus, daher dieselbe in den Anhang verwiesen werden musste.

Anhang.

Über den Titel 44 des salischen Volksrechts: „De reipus."

Die Leges barbarorum umfassen wenige Bestimmungen, die so beharrliche und dennoch vergebliche Interpretationsbestrebungen hervorgerufen hätten wie der Titel leg. Sal. „Da reipus." Aus seinem Inhalt ist zu entnehmen, dass, wer eine salfränkische Wittwe zu heiraten gedachte, gewissen, im Gesetz nahmhaft gemachten Spillmagen derselben vor Gericht (im nicht gebotenen Ding) den sog. reipus im Betrag von drei solidi zu leisten hatte, dass im Fall diese Magen fehlten, diejenigen Verwandten des ersten Ehemanns, die nicht seine Erben waren, den nächsten Anspruch auf den reipus hatten, welcher schliesslich, wenn auch diese nicht vorhanden, dem Fiscus anheimfiel. Endlich, dass für Nichtbezahlung des reipus eine, den nämlichen Berechtigten[1]) gebührende Busse von 63 sol. festgesetzt war. Welches die Bedeutung der letzteren gewesen, warum sie gerichtlich erfolgte, warum an diese und nicht andere Personen, alles das ist, wiederholten Erklärungsversuchen zum Trotz, immer noch zweifelhaft und streitig.

Die Bevorzugung der Spillmagen ist bereits oben, im vierten Kapitel der Abhandlung über das Mutterrecht erörtert, hier sind nur noch einige Bemerkungen nachzutragen. Die eigenen Kinder der Wittwe sind zum Empfang des reipus nicht berechtigt, weil sie nicht mehr zur Familie der Mutter, sondern zu der des verstorbenen Vaters zählten. Es folgt dies aus Lex Sal. LXXI (Capitulare I, § 7): „mulier, si de anteriore marito filios habet, parentes infantes (infantum) suorum consiliare (debet)." Diese „parentes infantum suorum" sind die Verwandten des verstorbenen Ehemanns. Auch

---

[1]) Dies folgt aus dem Wortlaut des letzten (10.) § des Titels 44: Jam post sexto genuculum in fisco reipus ipse uel causa quae exinde orta fuerit colligatur.

soll das Eigentum der „dos", welche der erste Mann der Frau gegeben hatte, seinen Kindern zufallen, der letzteren dagegen nur lebenslängliche Nutzniessung verbleiben. Der Titel „De reipus" ist demnach, ebenso wie die Titel „De alodis" und „De chrenecruda" in der Übergangszeit vom Mutterrecht zur Agnation entstanden; die Berechtigung der Spillmagen beruht auf dem Mutterrecht, der Ausschluss des Sohnes von dieser Berechtigung auf der bereits mächtig gewordenen, zunächst die Söhne ergreifenden Agnation. Weil das Mutterrecht in tiefstem Verfall, die Erinnerung daran sehr verblasst war und sein ganzes System der Vergangenheit angehörte, lässt es sich aus dem Titel 44 nicht reconstruiren. Gewiss ist nur, dass nach Mutterrecht die Schwesterkinder, sowie der Mutterbruder zu den nächsten Verwandten gehören und beide unter den mit dem reipus bedachten Spillmagen erscheinen.

Der Umstand, dass der ganze Akt vor Gericht stattfinden und im Fall der Nichterlegung des reipus die Busse von 63 sol. eintreten sollte, beweist, dass wir es hier mit einem Strafgesetz zu tun haben. Im Capitulare Ludwigs I. vom Jahr 819 § 8 lesen wir: „id est qui uiduam in coniugium accipere vult, iudicaverunt omnes ut non ita sicut in lege salica scriptum est eam accipiat, sed cum parentorum consensu et uoluntate, uelut usque nunc antecessores eorum fecerunt, in coniugium sibi eam sumat." [1]) Diese Stelle ist beurteilt worden, als wäre sie unverständlich oder sinnlos. Keines von beidem ist der Fall. In der Lex Salica — das ist die Meinung des Capitulars — steht geschrieben, dass die Wittwen ohne Zustimmung und Willen ihrer Verwandten geehelicht werden können. Aber schon die Vorfahren derjenigen, welche das Weistum von 819 schöpften (man vergesse nicht, dass zwischen diesem Jahr und der Entstehungszeit des salischen Volksrechts drei volle Jahrhunderte liegen), hatten die entgegengesetzte Praxis beobachtet, hatten auch, wenn sie Wittwen heiraten wollten die Zustimmung und Einwilligung der Verwandten nachgesucht. Dieses Vorgehen wird vom Weistum gebilligt, dasjenige der lex Salica endgiltig abgeschafft. Da das germanische Recht — sowol nach Tacitus als nach einigen Volksrechten [2]) einen heftigen Widerwillen gegen Wittwenehen nährte, war das einzige Mittel einer Wittwe habhaft zu werden, das zur Zeit der lex Salica so populäre, als Eheschliessungsform anerkannte des Raubes oder der Entführung. Von ersterem wurde, wie die in der

[1]) Der von Hessels zu Grunde gelegte Text schreibt statt „omnes" homines; statt „velut" das hier sinnlose „viro", wir halten uns daher mit Boretius an die zweite Handschrift.

[2]) S. die Noten zum Titel „De reipus" bei Hessels Sp. 279.

Digitized by Google

vorstehenden Abhandlung angeführten Quellen beweisen, besonders Wittwen gegenüber, noch lange ausgiebiger Gebrauch gemacht. Der Titel „De reipus“, namentlich aber das sog. Capitulare I hat jedoch den Fall ins Auge gefasst, wo die Wittwe sich freiwillig dem Entführer übergibt.[1]) Hierin liegt eine Beeinträchtigung der, auf die Verwandten des ersten Mannes durch seinen Tod übergangenen Rechte über die Wittwe, eine Verletzung des Mundiums, daher soll sie: „consiliare parentes infantum suorum“, die Verwandten ihrer Kinder versöhnen; sie muss den Achasius geben um sich Frieden von ihnen zu erwirken („ut pacem habeat parentum“) und im Fall sie diese Pflicht versäumt, eine Vermögensstrafe erdulden.

Aber auch ihren Verwandten erwuchs aus der Entführung ein Anspruch, denn in Bezug auf Rache und Fehde, Wehrgeld und andere Compositionen war die Verbindung zwischen ihnen und der Frau durch deren erste Heirat nicht gelöst, sie verblieb auch ferner unter dem Schutz und Schirm ihrer Familie, was besonders dort zu Tage trat, wo sich der Schutz ihres Ehemanns, resp. Mundwalds als ungenügend herausstellte.[2]) Wir erinnern daran, dass bei den Germanen der ältesten Zeit das Blutband überhaupt höher und heiliger gehalten wurde, als das Eheband, was ja so weit ging, dass die Frau sich an ihrem Ehemann für Ermordung ihres Bruders rächte.[3])

Daraus erklärt es sich, dass der Entführer den Blutsverwandten der Frau als Busse für sein Vergehen 63 sol. zu bezahlen schuldig war und dass der Akt sich gerichtlich abspielen sollte. Später trat an Stelle der 63 sol. eine bloss symbolische Busse von 3 sol. und das Gericht wurde zu einem gebotenen Ding, zu „einem Scheingerichte.“[4])

Die Summe von 63 sol. ist dem sog. Wittum (Mundschatz Schröders) gleich d. i. dem vom Bräutigam für das Mundium über die Frau zu entrichtenden Betrage. Merkwürdiger Weise stimmt

---

[1]) „Si quis mulier uidua post mortem mariti sui ad alterum marito (sc) dare voluerit“. . vgl. darüber H. Habicht, Die altdeutsche Verlobung. Jena 1879. S. 20.

[2]) Kraut, Vormundsch. I, 40—44 und 408 und Rive, Vormundsch. I, 156.

[3]) Kap. 4 der Abhandlung über das Mutterrecht.

[4]) Sohm, Recht der Eheschl. 63. Noch in späteren Zeiten finden sich Spuren gewisser, bei Gelegenheit der Wittwenehen den Behörden zu leistenden Gebühren. (Dipl. Magd. a. 1276: Weinhold II, 40, 41). Es mag dies ein Überrest des alten reipus oder gar des fredus für Frauenraub sein? Die Neuverheirathung von Wittwen gilt bis auf unsere Tage an vielen Orten für unanständig a. a. O. I, 366 und Düringsf. 267.

derselbe mit der Strafe überein, welche für Verletzung des Mundiums oder der Verlobung, oder für rechtswidrige Verstossung der Ehefrau zu büssen war: mit den sog. Mundbrüchen. Schröder war es, der den Zusammenhang zwischen Mundschatz und Mundbrüchen im Einzelnen erwiesen hat.[1]) Das burgundische Recht benennt die Mundbrüche mit einem Ausdruck, welcher in einem andern Titel desselben Rechtes die für Erwerbung des Mundiums zu zahlende Summe bezeichnet: wittemon d. h. Wittum, Mundschatz. Auch im angelsächsischen Recht dient, wie es scheint, als Name für die Mundbrüche das Wort „woetuma", Wittum. — Die Höhe der Mundbrüche steht regelmässig in geradem Verhältniss zur Höhe des Mundschatzes und beträgt 2-, 3-, 9 mal so viel oder gerade so viel als dieser. Bei den Longobarden z. B. hatte der Bräutigam, der seine Braut in der gesetzlich bestimmten Zeit nicht heimgeführt hatte, als Busse den Betrag zu leisten, den er als meta d. i. als pretium puellae zu geben schuldig gewesen wäre. Bei den Sachsen beliefen sich der Preis des Mädchens und die Mundbrüche auf je 300 sol., bei den Angelsachsen, Westgoten, Alamannen stand beides in geradem Verhältniss zu einander.[2]) Insbesondere büsste man die Entführung des Mädchens entweder mit dem Betrage des einfachen Wittums, oder mit dem Zweifachen, Dreifachen u. s. w. desselben Betrages. Auch die Lex Sal. XIII 5 ordnet neben andern Bussen die Zahlung des „praecium" (sc. puellae) als Strafe der Entführung an. Es erhebt sich die Frage, auf welche Weise dieser bei den deutschen Völkern so verbreitete, in dem ältesten der Volksrechte, der Lex Salica, wo Mundbrüche und Wittum je 63 sol. ausmachen, am schärfsten ausgeprägte Zusammenhang zu erklären ist.

Ist die aufgestellte Lehre von der Verbreitung des Frauenraubs richtig, so begreift es sich, dass die Zahlung einer Entführungsbusse, sobald die kleinen germanischen Gemeinwesen zu grösseren Stämmen, die Stämme zu Staaten zusammengeschmolzen waren, in dem so gewöhnlichen Fall der Raubehe immer häufiger und häufiger an Stelle der ursprünglichen Fehde trat. Als nun die Periode herankam, wo die Mehrzahl der Ehen auf friedlichem Weg, nicht mehr durch Gewalt geschlossen wurde, war die Zahlung einer be-

[1]) Die folgende Ausführung beruht auf Schröders Gesch. d. ehel. Güterrechts in Deutschland 1874 § 2 S. 11—19, wo sich sämmtliche Quellen und die Literatur angeführt finden.

[2]) pretium puellae (im Sinn eines Kaufpreises), longobardische meta, fränkische dos sind nur Entwicklungsstufen einer und derselben Institution. Sind sie auch untereinander verschieden, ihr überall gleiches Verhältniss zu den Mundbrüchen muss auch überall der gleichen Wurzel entspringen.

Digitized by Google

stimmten Summe durch den Bräutigam resp. Gemal, der ja noch immer wie ein Entführer angesehen wurde, an die Gewalthaber des Weibes längst durch Gewohnheit gefestigt. Er leistete sie also auch ferner. Aber wie die Ehe so nahm auch diese Leistung einen anderen Charakter an; aus der Entführungsbusse wurde das pretium puellae; an Stelle der Entführung trat als Regel der Frauenkauf. Daraus erklärt sich das eigentümliche Verhältniss zwischen dem späteren pretium puellae und den Mundbrüchen. Der Ursprung des ersteren geriet alsbald in Vergessenheit, hinterliess jedoch als beredtes Zeugniss früheren Bestehens ausser dem genannten Verhältniss zahlreiche Fälle der Entführung des zustimmenden Weibes, unter denen die gewohnheitsmässige Entführung salischer Wittwen der bemerkenswerteste.

Bevor wir uns von neuem dem Titel De reipus zuwenden sei uns eine kurze ethnographische Digression gestattet. Das so interessante, germanische Beispiel enthüllt den auch bei andern, vielleicht sogar den meisten Völkern zurückgelegten Weg vom Frauenraub zum Frauenkauf. Frauenkauf ist nämlich nicht weniger verbreitet als Frauenraub, ja, ein Versuch, sein Verbreitungsgebiet im Einzelnen zu bestimmen, scheitert an der Massenhaftigkeit des zuströmenden Stoffes. Man kann nur sagen, dass mit wenigen Ausnahmen alle Naturvölker die Ehe durch Kauf üben, die sich aber überall, der Ehe durch Raub gegenüber als jüngere, höhere Form darstellt, da sie dort in kräftigster Entwicklung blüht, wo die Raubehe nur mehr in Rudimenten erhalten ist. Es ist zwar in Frage gestellt worden, ob die Kaufehe bei den Skandinaviern jemals existirte, allein vom Standpunkt der wissenschaftlich vergleichenden Methode lässt sich nicht daran zweifeln, da ein überzeugender, inductiver Beweis dafür herstellbar ist. Aber auch vom Standpunkt der Specialforschung aus hat neuerdings Karl Lehmann in ausführlicher Weise und mit guten Gründen die betreffenden Anfechtungen Rives und anderer zurückgewiesen.[1])

Nun hat die Raubehe wie bei den Deutschen so überall anders Fehden und im späteren Verlauf der Entwicklung Bussen nach sich gezogen, denn Rache und Busse sind — man möge daraufhin Lubbocks, besonders aber Posts Arbeiten prüfen — nicht minder allgemein wie Mutterrecht und Kaufehe. Es kam auch anderwärts dahin, dass man vorzog eine Busse zu zahlen als eine Fehde durchzumachen, umsomehr als vielfach bereits eine überlegene öffentliche

---

[1]) Verlobung und Hochzeit nach den nordgermanischen Rechten des früheren Mittelalters. München 1882.

Gewalt auf die Seite des Verletzten trat. Man zahlte also, da die scheinbare Entführung auf lange hinaus Regel blieb, die Busse auch ferner, aber wie die Entführung zur Scheinentführung, so verblasste die Busse zur Scheinbusse. Sie hörte auf, wirkliche Busse zu sein, sobald alle Beteiligten der Entführung zustimmten, und wurde schliesslich zum Kaufpreis.

Es kann nicht auffallen, dass ein solcher Übergangszustand nicht allzulange dauert, daher die Anzahl der Völker bei denen er nachweisbar, relativ nicht gross ist; hierher zu zählen sind aber die meisten Völker der zweiten Stufe der ersten Klasse (nachträgliche Verständigung mit dem Gewalthaber der Entführten.) Diese nachträgliche Verständigung wird nämlich regelmässig durch einen vom Entführer an den Gewalthaber geleisteten Wertbetrag herbeigeführt, der entweder durch wechselseitige Verabredung oder einseitige Festsetzung des Beschädigten bestimmt ist. Auch hier wird dieser Betrag sehr häufig Kaufpreis des Mädchens genannt, was aber nur wahrscheinlich macht, dass der wahre Kaufpreis des Mädchens aus ihm hervorging, wie die meta aus den Mundbrüchen. Um wirklichen Kauf kann es sich ursprünglich nicht handeln, wo der bisherige Eigentümer (Gewalthaber) gar nicht im Sinne hatte das Weib abzutreten oder zu verkaufen, und der Entführer in vielen Fällen nicht beabsichtigte eine Zahlung zu leisten. Er raubte oder entführte sie allen Ernstes und zahlte eine Busse nur weil er musste, weil die Verhältnisse es gebieterisch forderten. Diese Leistung trägt nicht sowol die Merkmale des Kaufpreises, als die einer Composition an sich.

Zur Illustration erscheint das araukanische Recht besonders geeignet. Bei den Araukanern wird das Mädchen nicht selten ohne Einwilligung des Vaters geraubt, der junge Ehemann sucht den Schwiegervater durch Geschenke zu besänftigen, durch deren Annahme die Ehe unanfechtbar wird. Hier hat diese Zahlung offenbar den Charakter der Busse, während man sie bei demselben Volk, wo die Entführung nur mehr scheinbar ist, als Kaufschilling ansieht.[1]) In Neu-Guinea und im australisch-melanesischen Archipel ziehen Entführungen ohne Vorwissen und Zustimmung der Verwandten entweder wirkliche Fehde nach sich oder nur scheinbare Verfolgung und Annahme eines vom Entführer zu erlegenden Wertbetrags, welcher zwar mehrfach als Brautpreis bezeichnet wird, aber, da er an Stelle der Fehde tritt, seinem Wesen nach Sühngeld ist.[2])

---

[1]) Waitz III, 515 f. Post, Geschlechtsgen. 55; Anfänge 212.

[2]) Waitz VI, 632, vgl. Ausland 1880 S. 128.

Digitized by Google

Dasselbe gilt von dem folgenden Bericht Schoolcrafts[1]): Bei den Comanchen ist Regel Frauenkauf, da jedoch die Neigung des Mädchens dabei nicht berücksichtigt wird, kommt es häufig vor, dass Ehefrauen mit früheren Liebhabern durchgehen. Der Ehemann und seine Freunde verfolgen die Flüchtlinge bis sie sie einholen, worauf ehemals der Entführer getödtet wurde, jetzt aber ein Kaufvertrag geschlossen wird. Der Ehemann nimmt Pferde und Maultiere bis er befriedigt ist; das Mädchen bleibt Eigentum ihres Auserwählten und alle kehren befriedigt nach dem Dorf zurück.

Verwandt war ferner die Raubehe des Morduanenvolkes, wo ärmere Männer, denen der Brautpreis zu hoch war, ein Mädchen raubten, darauf verfolgt und wenn man sie einholte geschlagen oder getödtet wurden, sonst aber das Mädchen behielten und den Brautpreis allmälig abzahlten[2]), ferner die Ehe der Tscherkessen[3]), der kaukasischen Völker überhaupt[4]) und was für uns von besonderem Interesse ist, auch die der Miriditen mit geraubten Mahomedanerinen. Die Eltern des Mädchens sollen durch die Entführung meist nicht in grosse Trauer versetzt werden „da sie wol wissen, dass sie dafür eine Summe Geldes erhalten.“[5])

Composition und pretium puellae stehen hier überall in engem, so lange die Entführung Ernst ist in ununterscheidbarem, unlöslichem Zusammenhange, nur dass die überlieferten Leges barbarorum uns gestatten die Tatsache gerade bei den Germanen genauer zu verfolgen als anderwärts.

Der reipus hatte danach denselben Ursprung wie das Wittum, da eines wie das andere aus der Composition entsprang. Zur Zeit der Aufzeichnung des Titels de reipus hatte aber das Wittum bereits eine andere Bedeutung angenommen. Das Wittum war das dem Mundwald des Mädchens bezahlte, aus der Composition für ihre Entführung entstandene pretium puellae, der reipus dagegen war selbst Composition, welche den Verwandten der Wittwe für ihre Entführung gebüsst werden musste.

Habicht hat darauf aufmerksam gemacht[6]), dass der reipus allerdings nicht Mundschatz (Wittum) sein konnte, da er nicht wie das Wittum bei der Verlobung gezahlt ward; aber auch Busse für Wittwenheirat im Sinn Sohms konnte er nicht sein, denn eine Busse verfällt naturgemäss immer nach dem Vergehen, während der reipus, wie aus Titel 44 § 1 ersichtlich, vor der Trauung selbst gezahlt wurde. Der Einwurf ist aber nicht zutreffend. Wie aus dem

---

[1]) Stat. and hist. inform. V, 683. [2]) Post, Anfänge 211. [3]) das. 210.
[4]) Klemm, Frauen I, 151 f. [5]) Lubb., Entst. 98. [6]) a. a. O. 19.

Titel LXXI der Lex Sal. hervorgeht, handelt nämlich Titel 44 von einer Ehe ohne Verlobung und Trauung. Ohne diese Annahme sind die Sätze: „Si mulier . . ad alterum marito se dare voluerit", ferner das „consiliare parentes infantum suorum" . . „ut pacem habeat parentum" unverständlich. Auch die gerichtliche Zahlung des reipus hat mit der Trauung nichts gemein. Die im Titel De reipus aufgezählten Verwandten der Wittwe hatten nicht ihr mundium, konnten sie also nicht trauen, nicht übergeben. Die Ehe mit der Wittwe war durch eine lex minus quam perfecta verboten, sie zog ursprünglich die Zahlung der Entführungsbrüche von 63 sol. an ihre Verwandten nach sich. Bekanntlich waren die meisten gegen Raub- und Entführungsehen gerichteten Bestimmungen der deutschen Volksrechte leges minus quam perfectae. Zur Zeit der Aufzeichnung des Titels De reipus war die alte, strenge Anschauung gemildert, Wittwenehen nicht so verwerflich wie ehedem. Man schloss sie wol noch ohne Zustimmung und Willen der Verwandten (sine „parentorum consensu et voluntate"), suchte aber vor Vollziehung der Ehe („antequam sibi copulet") eine Versöhnung mit denselben vor Gericht, indem man ihnen das symbolisch gewordene, geringere Sühngeld (3 sol.) entrichtete, auf welches immerhin noch grosses Gewicht gelegt wurde, da es zum Gegenstand der Verordnung im Edikt Chilperichs Pro tenore pacis § 2 gemacht werden konnte.[1]) Nur wenn der Bewerber die Wittwe in Besitz nahm ohne den reipus zu zahlen (§ 2. Si uero istud non fecerit et sic eam acceperit) hat er die volle Busse zu tragen. Der eben angeführte Satz beweist, dass das „acceperit" hier keineswegs das Erhalten, Empfangen von einer dritten, übergebenen Person bedeute. Die Codd. 2—10 der Lex Sal. sowie Emendata schreiben im § 1 „acceperit" wo Cod. I „sibi copulet" hat. Die beiden Ausdrücke waren Synonima. „Acceperit" muss mit „sich anvermählen" nicht aber mit „erhalten" wiedergegeben werden. § 1 wird daher zu übersetzen sein: Wenn ein Mensch stirbt und eine Wittwe hinterlässt, soll der, welcher sie sich anvermählen will, bevor er es tut . . u. s. w. Dass aber in dem Titel wirklich von einer Sühne gehandelt wird, sei es nun, wie Sohm annimmt von einer Sühne für Wittwenheirat überhaupt, oder von einer Entführungsbusse — dies wird durch den Sinn des Ausdrucks reipus, namentlich aber durch die malbergische Glosse auf das entschiedenste unterstützt. Reipus heisst nämlich Reif, Ring, Schnur, Strick. Sohm vermutet nun die dem zweiten Mann der salischen Wittwe angedrohte Busse habe mit Rücksicht

[1]) Lex Sal. Hessels Titel 78, p. 409.

Digitized by Google

auf die Strafe, welcher er ursprünglich unterworfen war, Strickgeld geheissen. Ebensogut kann der Name mit Rücksicht auf den ursprünglichen, gewaltsamen Charakter der Wittwenehen entstanden sein. Man erinnere sich der Glosse zum Titel 32: andrepus, andreiphus, anderebus (anderepus), welche das Band des mit rechtswidriger Gewalt Gebundenen bedeutet, wobei das „and" nach einer Deutung für „Hand" steht, nach einer anderen bloss das „an"haften versinnlichen soll. Es liesse sich einwenden, an gewaltsames Binden der Entführten könne Titel 44 nicht gedacht haben, nachdem er, wie oben ausgeführt, die Ehe der consentirenden Wittwe ins Auge fasst; allein so wie die Skandinavier längst nicht mehr wirkliche Raubehe übten und dennoch die Braut mit dem Leinen umhüllt fortführten; wie die Uskoken der nur zum Scheine Entführten das Haupt umwickelten, die Lappen ihren Schlitten an den des Bräutigams ketteten, so konnte auch hier, wo die Wittwe nicht geraubt sondern bloss entführt wurde, von einem Strickgeld gesprochen werden, weil ursprünglich nicht Entführung sondern Raub normales Mittel der Eheschliessung war.

In der Londoner Ausgabe der Lex Salica (Sp. 530 ff.) schliesst sich dagegen Kern denjenigen an, die mit Schröder unter reipus das bekannte, germanische Ringgeld verstanden und bringt dasselbe mit der, demselben Titel angehörenden Glosse nihilsinus in Zusammenhang. Letzterer Ausdruck besteht aus dem Wort lâsinus = leusinus (lêsinus, lisinus) A. S. lŷsness, lêsness, die Lösung, Composition, Busse, solutio und nach Kerns Hypothese aus dem Wort fê, fio, fius: Vieh, Geld. Die richtigen Formen Vihulosinus, vicholêsinus u. s. w. bedeuten Zahlung einer Strafe, Busse, ursprünglich Lösung durch Vieh. Das deutsche Wort reipus ist in seiner Anwendung analog dem Altnordischen baugr (Ring) welches gelegentlich auch im Fall des Frauenkaufes vorkommt und im Plural Geld, in der Rechtssprache aber speciell das Wehrgeld bezeichnet, im Singular das Wittum, gleichfalls Geld oder einen Schild. Sollte auch im Norden das Wittum, wie in Deutschland aus dem wirklichen Kaufpreis der Frau, dieser aus einer Strafsumme für Entführung hervorgegangen sein, so wären diese Aquivocationen wol zu erklären.[1])

[1]) Kerns weitere Annahme, reipus sei eine Ersatzzahlung für das Wittum (an die Verwandten des ersten Mannes?) gewesen, ist entschieden irrig, da ja der achasius und die sonstigen Leistungen des Titels 71 des sal. Rechtes zu diesem Zweck bestimmt und ausserdem der reipus an die Verwandten der Wittwe zu entrichten war. Ebenso wird Amiras Vermutung: reipus sei Ersatz für die Gerade gewesen, welche den Verwandten der Wittwe durch ihre Ehe verloren gingen, dadurch widerlegt, dass der reipus nur an Männer fällt, denn Titel 44

Digitized by Google

Nach Kerns eigenen Ausführungen ist reipus vicholêsinus zu übersetzen entweder mit „in Ringen zu zahlende Geldbusse“, oder, wenn reipus Strick, Seil (Repschnur, engl. rope) heissen sollte — und auch dieses Wortsinns erwähnt Kern — mit „Strickbusse, Strickcomposition.“

Dass Titel 44 speciell von einer Busse für Entführung handelt, dafür spricht auch, dass nach Titel XIII des sal. Volksrechts „De rapto ingenuorum“ für den Raub der salischen Jungfrau ebenfalls 63 sol. Strafe gefordert wird:

Tit. XIII, 1. Si tres homines ingenuam puellam rapuerint, tricinus (30) sol. cogantur exsolvere.

2. Illi qui super tres fuerint quinos sol. soluant.

3. Raptores uero . . sol. LXIII exigantur.

10. Si quis sponsam alienam tulerit et eam sibi in coniugio copulaverit . . . sol. LXIII culp. jud.

Der Sinn der Stelle scheint zu sein, dass jeder Teilnehmer am Jungfrauenraub 30 resp. 5 sol. zu büssen hat, ausserdem aber derjenige, dessentwillen der Raub verübt wurde, der eigentliche Räuber des Mädchens 63 sol. Ebensoviel büsste der Entführer der fremden Braut. Kein Wunder, dass für Entführung der Wittwe der gleiche Strafsatz in Geltung gewesen war, bevor die Busse und vielleicht auch die Entführung symbolisch geworden. Eine weitere Analogie zwischen Titel 44 und 13 § 10 liegt darin, dass die in letzterem verhängte Busse gleich dem reipus den Verwandten des Weibes (nicht dem Bräutigam, so wie dort nicht den Verwandten des ersten Mannes) zu entrichten war, obwol auch der Bräutigam ein gesetzlich geschütztes, gleichsam reales Recht an der Verlobten hatte. Es folgt dies aus dem, in den Codd. 6, 5, 10 und der Lex emendata enthaltenen Zusatz zum § 10: „In contra sponsum uero cuius sponsa est sol. XV culp. iud“, wonach die 63 sol. nicht dem Bräutigam zukamen. Wie hier sowol die Verwandten als der Bräutigam versöhnt werden mussten, so verletzt auch die Entführung und Heirat der Wittwe ein ihren Verwandten und denen ihres ersten Ehemanns gemeinsames Interesse. Deshalb fiel auch der reipus an die letzteren, wenn Verwandte der Wittwe fehlen.

Nähere Beschreibung des gerichtlichen Verfahrens im Falle des reipus enthält eine bekannte longobardische Formel des 11. Jahrhunderts.[1]) Dieselbe stammt jedoch aus einer Zeit, welche

enthält keinerlei Hinweis darauf, dass die Männer nur in Vertretung von Frauen den reipus erhalten haben sollten. Gegen Amira und Schröder vgl. Sohm, Recht der Eheschl. S. 64; Habicht, Verlobung 21 f.

[1]) Cartul. Longob. XVI. Qualiter vidua Salicha spondetur. M. M. L. L. IV, 599.

Digitized by Google

weder vom altsalischen Gerichtsverfahren, noch von der wahren Bedeutung des reipus selbst, oder anderer Teile des Titels 44 einen Begriff haben konnte. Schröder gibt zu und Amira bestätigt es, dass in der Formel wahrscheinlich altes und neues, fränkisches und longobardisches Recht vermengt sind. Da sich überhaupt zur Erläuterung des Titels De reipus daraus nichts Wesentliches gewinnen lässt, wird man am besten tun die um 600 Jahre spätere longobardische Formel in diesem Zusammenhang unberücksichtigt zu lassen.

Zur Deutung des Satzes: in ipso mallo scutum habere debet et tres homines tres causas demandare debet dienen die Bemerkungen Zöpfls [1]): wonach es sich wahrscheinlich um drei rein formelle, processualische Fragen handelt z. B. Ob Dingzeit sei, Ob der Richter das Ding hegen (mit Schranken umgeben und diese schliessen) möge, Was er verbieten solle (Antwort) z. B. „Dingslete und Unlust und Oversprake" oder dgl. Unter Scutum versteht Tit. 44 wahrscheinlich Schild, nicht wie Grimm glaubt Wage.

Bleibt noch eine rätselhafte Frage zu beantworten. Den reipus sollten, wenn die namhaft gemachten Spillmagen abgingen der Bruder des verstorbenen Ehemanns, wenn er nicht sein Erbe war, wenn ein solcher fehlte die übrigen Verwandten des ersten Ehemanns bis zum 6. Grad der Verwandtschaft, wenn sie nicht seine Erben waren erhalten. Eine Erklärung dieser merkwürdigen Bestimmung ist bisher nicht gelungen, denn was Zöpfl und Amira anführen ist nicht zufriedenstellend.[2]) Eine derartige Bestimmung muss offenbar auf einem eigentümlichen Verhältniss zwischen dem Erben des Ehemanns und dessen Wittwe beruhen. Bekanntlich hat sich das Eherecht der germanischen Völker dem Eigentumsrecht untergeordnet, Verlobung und Trauung waren in die Formen des Eigentumserwerbes durch Kauf gekleidet, die deutsche Ehe war Frauenkauf. Es war nur folgerichtig, dass nach dem Tod des Mannes die Frau das Schicksal seines übrigen Vermögens teilte, daher auch sein eigentumsähnliches Recht an ihr auf seine Erben überging. „Um das Kaufgeld einer Frau zu sparen", sagt Zöpfl[3]), „kam es mitunter vor, dass der Erbe, welchem mit der Erbschaft das Mundium der Wittwe zufiel, namentlich der Bruder des verstorbenen Ehemanns, ja sogar der eigene Stiefsohn der Wittwe, sich dieselbe, gleichsam als Bestandteil der Erbschaft, als Ehefrau beilegte." „Die Ehe mit der Stiefmutter erwähnt schon

[1]) Zöpfl, Rechtsaltertümer 1860. 1, 293—323.
[2]) ders., Rechtsgesch. § 81 a Note 30. Amira, Erbenfolge 36.
[3]) a. a. O. unter Nr. X und Note 42—44.

Digitized by Google

Procop als Sitte (νόμος πάτριος) bei den Werinen", auch bei den Angelsachsen war sie gewöhnlich, vielleicht sogar vorgeschrieben.[1]) Bei nichtgermanischen Ariern galt dieselbe Gewohnheit, so bei den Preussen nach einer Urkunde vom Jahr 1249: „consuetudo inolevit, ut mortuo patre uxor eius devolveretur ad filium, sicut alia hereditas, de bonis communibus comparata." [2]) Aus dem Norden fehlt es nicht an Beispielen: Ein gewisser Torolf erhielt, der Egilssaga zufolge auf Grund eines Testaments Vermögen und Frau eines Freundes zu Erbe; Egil selbst reist nach Norwegen, um die Wittwe seines Bruders zu heiraten.[3]) Auch bei Longobarden und Baiern waren Ehen mit der Bruderswittwe nicht selten, so dass die Kirche sich bewogen fand gegen diese „nuptiae sceleratae" einzuschreiten. Die Franken aber müssen, wie die Wittwenehe überhaupt, so namentlich die Ehe mit der Wittwe des Erblassers für tadelnswert, ja verbrecherisch gehalten haben, da Chlotar II. den major domus Godin für seine Heirat mit der Wittwe seines Vaters umbringen liess, eine Massregel, die aus den Vorschriften der Kirche nicht erklärt werden kann; und Chlotar I. zwar die Wittwe seines Erblassers und Oheims Theodebald († 555) zur Frau nahm, aber alsbald auf Verlangen der Bischöfe verstossen musste und ihr einen anderen Gemal zuwies.[4]) Der von Zöpfl betonte Beweggrund: der Wunsch, den Preis für eine Frau zu ersparen, musste bei den alten Franken so gut wie bei den Werinen die Tendenz erwecken mit den Wittwen ihrer Erblasser Ehebündnisse zu schliessen, obgleich die Wittwenehe der Sitte des Volkes zuwiderlief. Deshalb zerriss das fränkische, solchen Ehen abgeneigte Volksrecht die enge Verbindung zwischen der Wittwe und dem Nachlass des Mannes, und stellte die erstere unter den speciellen Schutz, vielleicht unter das mundium jener Verwandten des Verstorbenen, die nicht seine Erben waren. Daher fiel der reipus wenn der Wittwe ihre Verwandten, ihre natürlichen, ursprünglichen Beschützer fehlten, an den nächsten Verwandten des verstorbenen Mannes, jedoch mit Ausschluss seines Erben.

Hiermit ist unsere Aufgabe erschöpft und jeder Teil des Titels einer, vielleicht nicht abschliessenden, doch hoffentlich nicht nutzlosen Erklärung unterzogen.

---

[1]) Philipps, Vermischte Schriften. Wien 1860. III, S. 78, 412, cit. bei Zöpfl und Laband, Rechtliche Stellung der Frauen im altrömischen und germanischen Recht. Zeitschr. f. Völkerpsychol. III, 1865. S. 140. Vgl. die sehr interessanten Erörterungen M'Lennans über Verbreitung und Ursprung der Leviratsehe. [2]) Zöpfl l. c. Note 44.

[3]) Müller, Sagabibloth. 81 vgl. Weinhold, Altnord. Leben 249 f.

[4]) Greg. Tur. Hist. Franc. IV, 9.

Digitized by Google

Alphabetisches Verzeichniss.

Abkürzungen: M. Mutterrecht; E. Entführung; R. Raubehe; Br. Braut; Fk. Frauenkauf; Cl. Classe[1]); St. Stufe; N. Note; Verb. Verbot des Umgangs zwischen Schwiegereltern und Kindern.

I. Nichtarische Völker.

Abessynier, R. Cl. I St. 2, E. d. Br. durch den Bräutigam. 86 N. 5. — Cl. II, Hineinziehn der Br. üb. d. Hausschwelle desselben. 88 N. 10.

Abiponer, R. Cl. I St. 1, 81 N. 9. — Cl. II, die Br. verbirgt sich, wird mit Gewalt heimgeführt. 89 N. 2. — Verb. 91 N. 5.

Adighe, R. Cl. I St. 3, E. d. Br. 86 N. 6.

Aenezas (Beduinen), R. Cl. II, Brautlauf. 88 N. 12.

Aetas, R. Cl. II, Verb. 91 N. 5.

Afrika, M. in— 5—7. — Verbreitung der R. in— 110.

Ägypten, M. 3. — Schwesterehen der Könige. 20.

Amazonas, R. Cl. I St. 1, 81. — Cl. I St. 3, E. d. Br. 87.

Amerika, Eine grosse Provinz des M. 6—8. — Vaterschaft u. Neffenerbrecht in— 15. — R. Verbreitung in— 110.

Antillen, M. Das Erbe auf die Kinder des Erblassers, fehlen diese, auf den Weiberstamm. 20 N. 4.

Arabien Nördliches, R. Cl. II. E.spiel. 89.

Araukaner, R. Cl. I St. 1. — Cl. I St. 2, Übergangsformen. 85, 86. — Cl. I St. 3, der Bräut. raubt d. Br. 86. — Verb. 91 N. 5. — Übergang von R. zu Fk. 146.

Arawaks, M. doch strenge Bestrafung des Ehebruchs. 20 N. 5. — R. Cl. I St. 1, Verschiedene Sprache der Weiber u. Männer. 82 N. 1. — Cl. II, Verb. 91 N. 5.

Aschantis, Übergang vom M. zur Agnation. 18 f. N. 4.

Asien, M. 4 f. — Verbreitung der R. daselbst. 110.

Assineboin, R. Cl. II, Verb. 91 N. 5.

Athapasken, R. Cl. I St. 1, Ringkämpfe um Eheweiber. 83 N. 1.

Australien, Verbreitung der R. in— 110.

Australier, M. typisch. 8, 15, 17. — R. Cl. I St. 1, Exogamie u. trotzdem R. 80, 84. — Cl. I St. 3, E. d. Br. durch den Bräutigam. 86. — Cl. II, Verb. 91.

Australisch-melanesischer Archipel, Übergang von R. zu Fk. 146.

Bantarvölker, M. 5 N. 1.

Banturasse, M. 6.

Barea, M. 7 N. — R. Cl. II, Verb. 91 N. 5.

Basken, M., Spuren desselben im Erbrecht. 8 f.

Battaks, R. Cl. I St. 3, E. d. Br. durch den Bräut. 86.

Bazen, M. 7 N. — R. Cl. II, Verb. 91 N. 5.

Beduinen, R. Cl. I St. 1, E. selbst verheirateter Frauen begründet Ehe.

[1]) Die Einteilung der Frauen raubenden Völker in Classen und Stufen s. S. 78 f.

Digitized by Google

84. — Cl. II, Sinai B., Ringen zw. Br. u. Bräut.; Hineinziehn der Br. in des letzteren Haus. 88. vgl. Aenezas, Mazeyne.
Beni Amer, R. Cl. II, Verb. 91 N. 5.
Berber, M. 5 N. 5. — R. Cl. II, Hineinziehn d. Br. in das Haus des Bräut. 88 N. 10. — Andere Reste des Frauenraubs. 90 N. 6.
Betschuanen, M. Bei Ehescheidung bleiben d. Kinder bei d. Mutter. 6 N.
Bihe, M. 6 N.
Borneo, M. der Urbevölkerung. 4. vgl. Dayaks.
Botocudos, M., Übergang zur Agnation. 19 N. 6.
Brasilianer im Allg., R. Cl. II, Verb. 91 N. 5.
Buschmänner, eheliche Treue der Frau unwesentlich. 43 N. — R. Cl. I St. 1, Ringkämpfe um Weiber. 83. — Cl. II, Verb. 91 N. 5.

Californier, R. Cl. I St. 1. 81, 84. — Cl. II, Ziehn der Braut ins Haus des Bräut. 88. — Andere Reste der R. 90 N. 1. — Verb. 91 N. 5.
Canada, R. Cl. II, Ziehn der Br. ins Haus des Bräut. 88 N. 9.
Cantabrer, M. nach Strabo. 9.
Cariben, M. Das Erbe auf den Sohn dann auf d. Bruder. 20 N. 4. — R. Cl. I St. 1. 81. — Verschiedene Sprachen der Männer und Weiber. 82 N. 1. — Cl. II, Verb. 91 N. 5.
Carolina, Übergang vom M. zu Agnation im Erbrecht. 18.
Charruas, Ehebruch der Frauen gestattet. 43 N. — R. Cl. I St. 3, E. d. Br. durch den Bräut. 87 N. 1.
Chewsuren, R. Cl. I St. 2. 85 N. 5. — St. 3, E. d. Br. durch den Bräut. 86.
China, R. Cl. II, Tragen der Br. ins Haus des Bräut. 88. — Verb. 91.
Chinnook, Frauen durch ihre Männer prostituirt. 43 N.
Comanches, R. Cl. I St. 1. 81 N. 10. — Übergang von R. zu Fk. 146.
Congovölker, M. 6 N.
Crees, Verb. 91 N. 5.

Dahome, M. 6 N.
Damara, M. 6 N.
Darfur, Verb. 91 N. 5.
Dayaks, Verb. 91 N. 5.

Eskimo, Frauen durch den Ehemann prostituirt. 43 N.
Eskimos auf Cap York, R. Cl. II. Ringen zw. Br. u. Bräut. 88.
Esten, R. Cl. II, Verstecken der Br. 107. — Hemmen des Brautzugs, Brautlauf. 108.

Fanti, M. 6 N.
Felatah, R. Cl. II, Hineinzerren der Br. ins Haus des Bräut. 88.
Fernando Po, M., doch Ehebruch strafbar. 20 N. 4.
Fidschi, M. 8 N. 2. — R. Cl. I St. 1. 81. — Cl. I St. 3, E. d. Br. durch d. Bräut. 86. — Cl. II, Verb. 91 N. 5.
Finnen, R. Cl. II, Scheinflucht der Br. 88 N. 12. — Die Br. verbirgt sich; gewaltsame Heimführung. 89 N. 4. — Andere Überlebsel. 90.
Florida, R. Cl. I St. 1. 81 N. 10. — Cl. II, Verb. 91 N. 5.
Fulah, M. 6 N.
Futa, R. Cl. II, Entführungsspiel. 89.

Garos, M. 5 N. 1.
Georgien, Verb. 91 N. 5.
Goldküste, M. 6 N.
Grönland, R. Cl. II, der Bräut. lässt die Br. durch alte Weiber fangen u. zu sich bringen. 88 N. 12.
Guanos, R. Cl. I St. 1, R. neben Fk. 85 N. 1.
Guarany, Ehebruch der Frauen gestattet. 43 N.
Guarayos, R. Cl. II, Überlebsel. 90 N. 9.
Guaycuru, R. Cl. I St. 1, die Weiber eine andere Sprache als die Männer. 82 N. 1. — Cl. II, Verb. 91 N. 5.
Guineaküste, M. 6. — Erbrecht im Übergang von M. zur Agnation. 18 f.
Guyana, M. doch der Vater Eigentümer der Kinder. 18.

Haiti, Erbrecht im Übergang von M. zur Agnation. 20 N. 4.
Hawai, M. 8 N. 2.
Hebräer, R. Cl. I St. 1, Praxis derselben u. gesetzliche Sanction. 82 f.

Digitized by Google

Herero, M. 6 N.
Hotentotten, Überlebsel des M. 6f. N.
Iberer, M. nach Strabo. 9.
Indianer, gehen in histor. Zeit vom M. zur Agnation über. Eindringen derselben ins Erb- u. Familienrecht. Väter und Kinder. 17 f. — R Cl. II, Rudimente derselben. 90 N. 3. — Verb. 91. vgl. Amerika.
Indien, Urbevölkerung, M. 5.
Indios bravos, R. Cl. I St. 1, Ringkämpfe um Eheweiber. 83 N. 1.
Indische Gebirgsvölker, R. Cl. I St. 1, neben Fk. 85 N. 4.
Indrapure, Erbr. im Übergang von M. zur Agnation. 17.
Japan, Spuren von M. 9.
Kabardiner, R. Cl. I St. 3, E. d. Br. durch den Bräut. 86 N. 6.
Kaffern, Reste von M. 7 N. — Bei Ehebruch der Frau nur der Liebhaber gestraft. 43 N. — R. Cl. II St. 3, E. d. Br. durch den Bräut. 86 N. 5. — Verb. 91 N. 5.
Kalmücken, R. Cl. I St. 2. 85 N. 5. — St. 3, E. d. Br. durch den Bräut. 86. — Cl. II, Gewaltsames Hineinziehn in sein Haus. 88. — Verb. 91 N. 5.
Kamtschadalen, R. Cl. I St. 2. 85 N. 5. — St. 3, E. d. Br. durch den Bräut. 86. — Cl. II, Ringen zw. Br. und Bräut. 88. — Scheinflucht des Mädchens. 88 N. 12. — Andere Überlebsel. 90 N. 1.
Karagua, R. Cl. II, Hineinziehn der Br. ins Haus des Bräut. 88.
Karens, M. 5 N. 1.
Karolinen, M. 8 N. 2.
Kasias, M. 5 N. 1.
Kaukasische Völker, Übergang v. R. zu Fk. 147.
Khassias, M. 4.
Khonds, R. Cl. I St. 1. 85 N. 4. — Cl. II, Es.spiel. 89.
Kimbundas, M. 6. — Übergang zur Agnation. 19.
Kirghisen, R. Cl. I St. 2. 85 N. 5. — Verb. 91 N. 5.
Kordofan, M. 7 N.
Korjäken, R. Cl. II. 88 N. 12.
Krähenindianer, R. Cl. II, Verb. 91 N. 5.
Kurland, R. Cl. I St. 2. 96.
Lampongs, Cl. I St. 1, R. subsidiär neben Kaufehe. 85 N. 3.
Lappen, R. Cl. I St. 1. 88 N. 12. — Cl. II, Zahlreiche Formen. 90.
Letten, R. Cl. II, Verbergen der Br. 107.
Lenguas, R. Cl. I St. 1. 81 N. 9.
Livland, R. Cl. I St. 2. 96.
Loango, M. 6 N.
Lukunor, M. 8 N. 2.
Lykier, M. 2.
Machicuis, R. Cl. I St. 1. 81 N. 9.
Madagascar, M. 7 N.
Magyaren, R. Cl. I St. 1. 82.
Mahraten, M. 5 N. 1.
Makaws, R. Cl. II, Überlebsel. 90 N. 7.
Malabar, M. 5 N. 1.
Malaien, M. 4. — Übergang zur Agnation. 17.
Malakka, M. 4. — R. Cl. II, Br.lauf. 88 N. 12.
Malediven, M. 4.
Makololo, Übergang von M. zur Agnation. 19 N. 2.
Mandan, R. Cl. II, Verb. 91 N. 5.
Mandingos, M. 6 N. — R. Cl. II, Hineinziehn der Br. ins Haus des Bräut. 88 N. 7. — E.spiel 89.
Mapuche, R. Cl. I St. 3, Bräut. raubt die Br. 87 N. 1.
Marianen, M. 8 N. 2. — Stellung der Mutterschwester. 15. — Übergang zur Agnation. 19.
Marilö, M. 8 N. 2.
Marschallsinseln, M. 8 N. 2.
Mazeynebeduinen, R. Cl. II, Br. versteckt sich, gewaltsame Heimführung. 89 N. 2.
Mbayas, R. Cl. I St. 1, Verschiedene Sprachen der Weiber. 81 N. 9.
Mexico, Benennung der Kinder nach der Mutter. 19.
Micmaks, R. Cl. I St. 1, Ringkampf um Eheweiber. 83 N. 1.
Minyer, M. 3 N. 1.

Miranhas, R. Cl. I St. 1. 81 N. 9.
Mixteken, R. Cl. II, Überlebsel. 90 N. 2.
Modoc, R. Cl. II, Schwiegersohn soll die Schwiegermutter straflos tödten dürfen. 91 N. 5.
Mongolen, R. Cl. II, Verstecken der Br., gewaltsame Heimführung. 89 N. 2. — Verb. 91.
Morduanen, Übergang von R. zu Fk. 147.
Mortlokinseln, M. 8 N. 2.
Moscos, nur der Liebhaber für Ehebruch strafbar. 43 N.
Mosquitos, R. Cl. II, E.spiel. 90 N. 10.

Nairs, M. typisch, Väter unbekannt. 5.
Namaqua, M. 6.
Navayos, Übergang vom M. zur Agnation. 17.
Neger, M. — R. Cl. 1 St. 3, E. d. Br. durch den Bräut. 86 N. 5.
Neu-Guinea (s. auch Wukas), R. Cl. I St. 1. 81 N. 10. — St. 3, Bräut. entführt die Br. 86. — Cl. II, Überlebsel. Übergang von R. zu Fk. 146.
Neu-Seeland, M. 8 N. 2. — R. Cl. I St. 1, erbitterte Kämpfe um Mädchen. 85. — Cl. II, Ringen des Bräut. mit der Br. 88.
Nogaische Tartaren, R. Cl. I St. 2, 1. 85 N. 5.
Nubien, M. 7 N.
Nutkas, Erbfolge auf den Sohn, nach diesem auf den Bruder 20 N. 4. — Frauen v. den Ehemännern prostituirt. 43 N. — R. Cl. I St. 1. 81 N. 10.

Ojibway, R. Cl. I St. 1, subsidiär neben Fk. 85.
Omaha, R. Cl. II, Verb. 91 N. 5.
Orang Sakai, R. Cl. II, Brautlauf. 88 N. 12.
Orinoco, R. (Cl. I St. 1) am O. 81.
Ostjaken, R. Cl. II, Verb. 91 N. 5.

Panama, Ehebruch der Frauen gestattet. 43.
Panuco, R. Cl. II, Verb. 91 N. 5.
Papuas, R. Cl. II, Verb. 91.
Passes, R. Cl. I St. 1, Ringkampf um Eheweiber. 83 N. 1.
Patagonier, R. Cl. 1 St. 1, 84 N. 9.
Payaguas, R. Cl. I St. 1. 81 N. 9.
Pechuenchen, R. Cl. I St. 3, Bräut. raubt die Br. 87 N. 1.
Polynesien, Überwiegen des M. 8.
Peru, Reste des M. Schwesterehen des Königs. 20 N. 1, 2.
Poulh, R. Cl. II, Verb. 91 N. 5.

Quichuas, R. Cl. I St. 1. 81 N. 9.

Ralik, M. 8 N. 2.
Ratak, M. 8 N. 2.
Redjang, R. Cl. I St. 3, R. durch Busszahlung perfect. 85. — Ringen zw. Br. u. Bräut. 88.
Reiternomaden Asiens, R. Cl. II, Brautlauf. 88 f.
Rio Negro, R. Cl. I St. 1. 81.

Saken, R. Cl. II, Ringkampf zwischen Bräut. u. Br. 88.
Selish, R. Cl. I St. 2. 85.
Serakolets, M. 6 N.
Shoshones, R. Cl. I St. 1, subsidiär neben Fk. 85 N. 1.
Singboom, R. Cl. I St. 1, subsidiär neben Fk. 85 N. 1.
Singhalesen, Ehebruch der Frauen gestattet. 43 N.
Sioux, R. Cl. I St. 1, Verschiedene Sprache der Weiber. 82 N. 1. — Cl. II, Hineinziehn der Br. ins Haus des Bräut. 88 N. 9. — Andere Überlebsel. 90 N. 5. — Verb. 91 N. 5.
Sockna, R. Cl. II, Hineinziehn der B. ins Haus des Bräut. 88 N. 9. — Entführungsspiel. 89.
Sudan, M. 7 N.
Sumatra, M. der Urbevölkerung 4. — Malaisches Erbrecht das. 17. vgl. Lampongs, Redjang, Battaks.
Sunbe, Übergang von M. zur Agnation. 18.
Sundainseln, M. 4. — R. Cl. I St. 1, neben Fk. 85.

Tacullies, R. Cl. I St. 1. 81 N. 10.
Tanjour, M. 5 N. 1.
Tasmanien, R. Cl. I St. 1. 81.
Teluguvölker, M. 5 N. 1. — Vater unbekannt. 15.
Thlinket, Übergang von M. zur Agnation. 19 N. 5.

Digitized by Google

Tiga Larong. M. Erbrecht der Malayen. 17.
Timor. Übergang von M. zur Agnation. 19 N. 2.
Tinneh. Frauen durch Ehemänner prostituirt. 43 N.
Tlascala. Erbfolge auf den Sohn, dann auf den Bruder. 20 N. 4.
Tongainseln. Übergang von M. zur Agnation. — R. Cl. II. Überlebsel. [illegible]
Tartaren. R. Cl. II. Verb. 91 N. 5.
Torodas. M. 6 N.
Torresinseln. R. Cl. I St. 3. E. 4. Br. 96.
Travankor. M. 5 N. 1.
Tscherkessen. R. Cl. I St. 2. 3. 96 N. 5. 98. — Übergang von R. zu Fk. 147.
Tuaregs (Berber). M. N. 5.
Tulawa. M. 5 N. 1.
Tungusen. Cl. I St. 2. 95 N. 5. — R. Cl. II. Überlebsel. 98. 99 N. 1.
Tupi-Guarani. R. Cl. I St. 1. 91 N. 2.
Turkmenen. R. Cl. I St. 1. 2. 95 N. 5. — Cl. II. Br.auf. 99 N. 12.
[illegible]. R. Cl. I St. 3. E. 4. Br. durch den Bräut. 97 N. 1.
Wakamba. R. Cl. I St. 1. 96 N. 1.
Wierland (Esten). R. Cl. II. Br.auf. 102.
[illegible]. M. Übergang zur Agnation. 4 N. [illegible] N. [illegible]
[illegible]. R. Cl. I St. 1. rechtliche Anerkennung dieser R. 95.
Wyandotts. R. Cl. II. Überlebsel. 99 N. 1.
Yerkalas. M. 5 N. 1.
[illegible], s. [illegible]
Zambesi. M. 7 N.

III. Indogermanische Arier.

Albanesen. R. Cl. I St. 2. 97. — Cl. II. Hochzeitslieder. 105.
Arier im Allgem. Patriarchalische Fam. bei ihnen nicht ursprünglich. [illegible] — Einwürfe gegen die M. 21. — R. der arischen Völker. 95 f.
Athen. Nachrichten über [illegible] M. 2. — R. Cl. I St. 3. [illegible] verpflichtet den Bräutigam zur Ehe.
Balkanslaven. R. Cl. I St. 1. 2. 96. 97.
Bessarabien. R. Cl. II. Kaspiel bei der Hochzeit. 104.
Byzanz. R. Cl. I St. 3. Entehrung eines Mädchens verpflichtet den Schuldigen sie zu heiraten. 100.
Czechen. R. Cl. I St. 1 im Stadtrecht. 95. — Cl. II. Hochzeitslieder. 105. — Hemmen des Zuges. 107. — Andere Reste. 108.
Dalmatien. R. Cl. II. 104.
Derewlanen. R. Cl. I St. 3. 99.
Etrusker. Spuren von M. 3.
Gaelen. [illegible] ihrer Weiber [illegible]. 102.
Griechen, s. Hellenen.
Hellenen im Allgem. M. 3. — Antreten der Ehefrau unter Lebenden oder von Todeswegen. 11. — R. in der Sage, andere Überlebsel. 99. — R. Cl. I St. 1. die Worte [illegible] und [illegible].
Herzegowina. R. Cl. II. 106.
Hindostan. R. in einzelnen Bezirken. Verb. 91 N. 4.
Hindus. Erbrecht des Schwestersohns. M. 5 N. 4. — Vaterschaft durch Geburt während der Ehe, nicht durch Zeugung bedingt. 11 N. 1. — R. Cl. I St. 1. [illegible]. 95. 98.
Irland. R. Cl. II. 102.
Jonische Inseln. R. Cl. I St. 2. [illegible]
Kelten. R. Cl. II. Nachrichten über Cl. I. 102.
Krain. R. Cl. II. Kaspiel. 103. — Hemmen des Brautzugs. 108.
Kreta. Cl. I St. 1. Ehe durch R. 99.
Lausitz. R. Cl. II. Hochzeitslieder. 105. — Hemmen des Brautzugs. 108.
Litauen. R. Cl. I St. 2. 96. — Cl. II. Kaspiel. 104.
Lokrer. Über die M. [illegible]
[illegible]. R. Cl. I St. 2. 97. — Übergang von R. zu Fk. 147.
[illegible]. Cl. II. Kaspiel. 104.
[illegible]. Cl. I St. 1. gesetzliche Sanktion. 95.
[illegible]. R. Cl. I St. 2. 97.

Digitized by Google

Osseten, R. Cl. I St. 2. 98. — Cl. II, Verb. 91 N. 5.

Picten, Spuren des M. 9 N. 3. — R. Cl. I St. 1, sollen den Gaelen ihre Weiber geraubt haben. 102.

Polen, R. Cl. I St. 1, gesetzliche Sanction. 94 f. — Cl. I St. 2. 96. — Cl. II, R. im Lied. 105. — Verbergen der Br., Hemmen des Zugs, Br.lauf. 107, 108. — Eltern der Br. halten sich der Hochzeit ferne. 108. — Andere Überlebsel. 109.

Preussen, R. Cl. I St. 2. 96.

Radimicen, R. Cl. I St. 3. 98.

Riviera delle Castella, R. Cl. II, wichtig. 106.

Römer, Spuren des M. Stellung der Unehelichen; des Vaters; freie Ehen. 9—13. — R. Cl. I St. 3. 100—102. — Cl. II, Verb. 108.

Rumänen, R. Cl. II, Kampfspiel bei der Hochzeit. 104, 108. — Br.lauf 109.

Russen, Nicht auf Erzeugung der Kinder durch den Ehemann, nur auf Geburt in der Ehe wurde geachtet. 11 N. — R. Cl. I St. 1, ein Beispiel. 96. — Cl. I St. 2, Olaus Magnus etc. über die Russen. 97. — R. bei den Sectirern. 98. — Cl. II, zahlreiche Lieder, Ueberlebsel u. s. w. 105, 109 Text u. N.

Samogitien, R. Cl. I St. 2. 96.

Schottland, R. Cl. II. 109.

Serben, R. Cl. I St. 1, 3, Otmica. 93, 98.

Sewerier, R. Cl. II St. 3. 98.

Siebenbürgen, R. Cl. II. 109.

Slaven, Rest von M.? 11 N. — R. Cl. I St. 1, 3. 93, 98. — E.spiele. 104. Vgl. die einzelnen slav. Völker.

Slovenen, R. Cl. I St. 3, Otmica in Ungarn. 98. — Cl. II, E.spiel, Verbergen der Br., Hemmen des Br.zugs, Br.lauf. 103, 107 f.

Spanien, R. Cl. II. 105, 109.

Spartaner, R. Cl. I St. 3. 99.

Ungarn, R. Cl. II in U. 109.

Uskoken, R. Cl. I St. I. 97. — Cl. II, Scheinraub. 102.

Walachei, R. Cl. II. 109.

Wales, Spuren von M. 9 N. 3.

Wiaticen, R. Cl. I St. 3. 98.

Winden in Krain, Hemmen des Brautzugs. 108.

III. Germanische Völker und Allgemeines.

Alemannen, vgl. Lex Alamann. — Leichtigkeit der Ehetrennung nach altalem. Recht. 47. — E. begründet Ehe; ein bestehendes Verlöbniss dadurch gelöst. 111, 112.

Angelsächsisches Recht, Reste des M. bei ausgebildeter Agnation. 37 f. — Bestehendes Eheband durch E. zerrissen. 112.

Baiern, Leichtigkeit der Ehetrennung nach altem Recht. 47. — Rückgabe des geraubten Weibes nicht gesetzlich geboten. 111. — R. Cl. II, Br.lauf; Verbergen der Br.; Stehlen der Br. (dem Bräut.) 130, 131, 132, 135.

Böhmen, R. Cl. II, Verbergen der Br. 132. — Stehlen der Br. dem Bräut. 134. — Lösen der Br. durch den Bräut. 136.

Burgunder, zur Mundschaft nicht befähigte Personen erhielten den Mundschatz. 25. — E. begründet Ehe. 111.

Brautlauf, 130—132.

Capitularien fränk., Freiheit und Unfreiheit der Mutter entscheidet über den status der Kinder. 34. — Bevorzugung d. Mutterbruders. 53 f. — Capit. über die R. 114, 142.

Couvade, ist kein Symptom untergehenden M. 18.

Dänen, der Stand der Mutter entschied über den der Kinder. 39. — Die Unehelichen gehören zur Familie der Mutter als vollberechtigte Mitglieder. 40. — Preisgeben der Frau durch den Ehemann, doch strenge Strafe des Ehebruchs. 44. — Materna maternis, paterna paternis. 69.

Deutsche, passim.

Ditmarschen, Verhüllen der Br. 131.

Ehe, Lockerheit des altgerm. Ehebands. 50 ff.

Digitized by Google

Ehebruch, Verfolgung desselben durch den Mann auch bei Ehen ohne mundium 28. — Ehebruch ursprünglich nur strafbar, wenn er wider Willen des Mannes erfolgt ist. 43 ff.

Ehetrennung, Leichtigkeit derselben bei den Germanen. 47, 48.

Eigentum, ist Grundlage und erste Stufe der Agnation. 18 ff. — Eigentum der german. Männer an Frauen und Kindern. Dasselbe wird zum Ausgangspunkt für die geforderte Keuschheit der Frauen. 43 ff., 50. — Eigentum der Frauen an Mobilien nicht im Widerspruch mit ihrer abhängigen Stellung. 68.

Formulae Senonicae, Rechtstellung der Kinder aus Ehen ohne mundium. 33. — conculcatoriae. 33 f. — Terminologie der R. 113. — Form. longob.: Qualiter vidua Salicha spondetur. 150.

Franken, die Unehel. unfrei, wenn die Mutter unfrei. 32 f. — Ehen ohne mundium. 35. — E. begründet Ehe. 40 f., löst ein bestehendes Verlöbniss. 111 f. — Leichte Ehetrennung. 47 f. Vgl. Lex Franc. Chamav. Lex Ripoar. Lex Salica.

Frankreich, Br.lauf. 129, 131. — Abgaben des Bräut. an die Dorfburschen. 137.

Frauenkauf als Ursache d. Agnation. 16. — Kaufehe in den Volksrechten. 24 ff. — Kauf u. Verkauf von Frauen bei den Germanen. 96 f. — Frühzeitige Entstehung des Fks. 84. — Fk. bei den Slaven. 97. — Hervorgehen des Fks. aus dem Fr. 144. — Fk. bei den Skandinaviern. 145, 149.

Friesen, die Unehel. nach den Küren. 41. — E. begründet Ehe. Busslose R. 111 f. — R. Cl. II, Tanz um das Krönchen der Br. 134. — Der Bräut. löst sie von den Burschen. 135. — Hemmen des Br.zugs. 136.

Gerade, Rest des M. Vergleichung des Sachsenspiegels mit den Volksrechten. 65 ff.

Germanen, R., Ehe ohne mundium, daher M. 42. — Gleichgiltigkeit der germ. Väter gegen die Abstammung der Kinder. 44. — Stellung der Mütter und Väter im alten Recht. Zeugnisse für M. 59. — Classification in Bezug auf die R. 139.

Geschwister, Innigkeit des Geschwisterbandes bei den Germ. 50 ff. Etymologie der Worte Bruder und Schwester. 73.

Heergewäte, Zusammenhang desselben mit dem M. 67 f.

Hemmen, Versperren des Wegs vor dem Br.paar. Zusammenhang mit dem Fr. 106.

Hessen, R. Cl. II, Kriegerische Heimführung. 128. — Scheinkampf um die Ausstattung. 129. — Hemmen des Br.zugs. 136.

Italien, Hemmen des Br.zugs. 137.

Keuschheit der Frauen, dem Menschengeschlecht nicht ursprünglich eigen. Entsteht durch das Eigentumsrecht der Männer an den Frauen. 43.

Lectaria des fränk. u. alem. Rechts, beweisen das vorwaltende Eigentum der Frauen an Mobilien. 66 f.

Lex Alamann. Tit. XVIII, über den Stand der Kinder entscheidet der Stand der Mutter zur Zeit der Geburt. 34 f. — Tit. LI, LII, LIV, Ehen ohne mundium, M. 35—37, 46. — Pactus, fragm. III, lectaria. 67.— Tit. LII, E. löst ein bestehendes Eheband od. Verlöbniss. 112.

Lex Angl. et Werin, Tit. X, 2, Ehe ohne mundium. 37. — Tit. De alodis. 60 ff. — Tit. De vi § 2, E. begründet Ehe. 112. — VII, 3, die Gerade des thür. Rechtes. 65.

Lex Burgund., Erbrechtliche Privilegien des Weiberstammes, Tit. XIV 2, 6. LI § 6. 61—66.

Lex Franc. Chamav. Tit. 42, Erbrechtliche Stellung von Männern u. Frauen. 69 N. 2.

Lex Frisionum Tit. VI, Stand der Mutter massgebend für den der

Digitized by Google

Kinder. 34. — IX 11, E. u. Fr. begegen gründen Ehe. 112.

Leges Longobard., Kinder aus Ehen ohne mundium gehören zum Mundwald der Mutter. 23—32. — Über Liutpr. CXXX. 44. — E. löst ein bestehendes Verlöbniss. 112f. — Terminologie der R. 113. — Gesetz gegen Störung des Br.zugs. 133.

Lex Ripuar. LVIII, die Kinder folgen dem Stand der Mutter. 32, 33. — Tit. De alodis, Elemente von M. 60ff. — LIX 9, Sondervermögen des emancipirten Sohnes. 63. — Tit. XLVIII, XLIX, Adfatimus. 68.

Lex Salica Tit. XIII 7, 8, die Kinder teilen den Stand der Mutter. 32. — XIII 5, R. 144, 150. — Über den Titel De alodis. 60—65, 142. — Tit. 100, Sondervermögen des emancipirten Sohnes. 63. — Tit. 71 (lectaria) 66; adfatimus 68; chrenecruda 69—72, 142. — De reipus 71f., 141ff. Terminologie der R. 113.

Longobarden, E. begründet Ehe. 35, 111; löst ein bestehendes Verlöbniss. 112. — Terminologie der R. 113. — Belästigung des Br.zugs. 134. s. auch Leges Longob.

Marken, Br.lauf. 130.

Mecklenburg, Belagerung des Brauthauses. 129.

Mundium, Verhältniss desselben zur Ehe. Der Ehemann nicht notwendig Mundwald der Frau. 23ff. — Zugehörigkeit der Kinder zum Mundwald ihrer Mutter. 23—42.

Mutter vermittelt eine festere Blutbande als der Vater. 58ff. — Etymologie des Wortes. 73ff.

Mutterbruder, Bevorzugung in den Capitularien. 53. — Etymologie des Wortes Oheim, s. auch Schwestersohn. 73.

Mutterrecht, Verbreitung. 1—14. — Inhalt und Formen des Übergangs zur Agnation. 14ff. — Entstehung und Ursachen des Untergangs. 16.

Naturales des longob. Rechts. 29 f., des fränk. Rechts. 33.

Niederlande, Preisgeben der Ehefrau an den Gastfreund. 44 f. — Scheinentführung der Br. 129. — Hemmen des Br.zugs. 135.— Der Bräut. löst die Br. von den Dorfburschen. 137.

Norwegen, s. Skandinavien.

Pfalz, R. Cl. II, Reste. 129. — Versuch der Burschen, die Frau dem Mann zu stehlen. 134. — Lösen der Braut durch den Bräut. 136.

Raubehe, Classification und Allgemeines. 78. — Vermögensrechtliche Folgen. 95, 142f. — Terminologie. 113. — Unterdrückung der R. 115. — Reconstruction der germanischen R. 138—140.

Religionen zerstören das altnationale M. 4.

rhedo, s. Gerade.

Rheinland, Hemmen des Br.zugs u. Lösen der Br. durch den Bräut. 136.

Ringkämpfe um Eheweiber. 83.

Sachsen, E. begründet Ehe. 35, 111.— Scheinüberfall auf den Br.zug. 136.

Sachsenspiegel, „Kein Kind ist seiner Mutter Kebskind". 41. — Gerade. 65ff.

Salzburg, Kriegerische Heimführung. 128. — Mutter der Br. nimmt nicht Teil an der Hochzeit. 132. — Burschen stehlen die Br. 135. — Hemmen des Br.zugs. 137.

Schwaben, Schein-E. 129.— Br.lauf. 131. — Mutter des Mädchens nimmt nicht Teil an der Hochzeit. 132. — Versuch d. Br. dem Bräut. zu stehlen. 134.

Schweden, s. Skandinavien.

Schweiz, Verbergen der Br. 132. — Versuch d. Br. dem Bräut. zu stehlen. 134. — Hemmen des Br.zugs. 136. — „Des roubes brouch vnd recht". 137f.

Schwestersohn, Verhältniss zum Oheim nach Tacit. Germ. 20, M. 21.— Der Schwestersohn in Gedichten und Sagen des Mittelalters. 54—56. — Ableitung des Wortes Neffe. 73.

Schwiegereltern, Verb. bei den nichtarischen Völkern. 91; bei den

Digitized by Google

nichtgerman. Ariern. 108 f.; bei den Germanen. 132 f.

Siebenbürger Sachsen, Br.lauf. 131. — Die Br. dem Bräut. gestohlen. 132.

Skandinavien (Schweden, Norwegen, s. auch Dänen), zweifelhaft ob Ehe ohne mundr. möglich. 38 f. — Nicht Ebenbürtige zählen nur zur Familie der Mutter. 38 f. — Die Ehefrau dem Gast überlassen? 44. — Eigentumsähnliche Gewalt des Mannes über die Ehefrau. 47. — Die Verwandtschaftsverhältnisse der Edda und Sagas 51—53. — Spuren von M. 57 f. — Gesetze gegen die R. 115. — Geringere Altertümlichkeit der skand. Rechte im Vergleich zu den deutschen. 116. — Gewaltsame Heimführung. 116. — Beispiele von R. 118—125. — R. Cl. II, kriegerische Werbung. 128. Überlebsel der R. 129. — Br.lauf, Verhüllen der Br. 130. — Verbergen der Br. 132. — Überfälle auf den Br.zug. 133. — Fk. bei den Skandinaviern. 145, 149.

Steiermark, Br.lauf. 131. — Br. dem Bräut. gestohlen. 135. — Hemmen des Br.zugs. 137.

Thüringer, E. begründet Ehe. 35, 111. — Hemmen des Br.zugs. 136.

Tirol (Ampezzo), Schein-E. der Br. 129. — Die Br. dem Bräut. gestohlen. 135. — Hemmen des Br.zugs. 137.

Trauung, unwesentlich für die altgerman. Ehe. 23 f. — R. macht sie entbehrlich. 115.

Uneheliche, Stellung in der mütterl. Familie. 40 f.

Ungarn (Deutsche in), Lösen der Br. durch den Bräut. 137.

Vaterschaft, ursprünglich vermögensrechtlich, Zeugung dafür unwesentlich. 10 f., 43 ff. — Umstände, die sie bei den Germ. unsicher machten. 48, 49. — Häufigkeit des Vatermords im Norden. 51. — Etymologie des Worts Vater spricht für das M. 73—75.

Verlobung nicht wesentlich für die german. Ehe. 23 ff.; E. vertritt sie. 115.

Westfalen, kriegerische Werbung. Scherzhafter Kampf um die Br. 128, 131. — Die Br. dem Bräut. entführt. 134.

Westgoten, Giltigkeit der von der Jungfrau ohne Willen des Gewalthabers geschlossenen Ehe. 35. — Terminologie der Lex Wisig. für R. 73. — R. mit Erlaubniss des Königs gestattet. 114.

Wittum, seine Entstehung aus der E.busse und Übereinstimmung mit den Mundbrüchen. 143 ff.

Wittwe, rechtliche Stellung betreffs der Wiederverehelichung. 47 ff. — Starke Verbreitung des Wittwenraubs bei den Germanen. 114 ff. — Vererbung der Wittwen. 151 f.

Druck von E. Gruhn in Warmbrunn.

Digitized by Google

Untersuchungen

zur

Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte

herausgegeben

von

Dr. Otto Gierke,
ordentl. Professor an der Universität Breslau.

XVII.

Die Ständegliederung bei den alten Sachsen und Angelsachsen,

Eine rechtsgeschichtliche Quellenstudie

von

E. Hermann,
Gerichts-Assessor a. D.

Breslau.
Verlag von Wilhelm Koebner.
1884.

Digitized by Google

Die Ständegliederung

bei den

alten Sachsen und Angelsachsen.

Eine rechtsgeschichtliche Quellenstudie

von

E. Hermann.
Gerichts-Assessor a. D.

Breslau.
Verlag von Wilhelm Koebner.
1884.

Digitized by Google

Inhalt.

Seite

Vorrede (betreffend das Beamtenthum der altsalfränk. Schöffen).

I. Die Grundlage des altsächs. und ags. Wergeldsystems bildet das Wergeld des Liten.

Vorbemerkung 14

A. Die ruoda des Lex Saxon. 22

B. Die ags. Hŷndrechnung 24

II. Die Wesenheit des altsächs. und ags. Adels vor dem Eintritt des Volks in die Königsherrschaft und während derselben.

Vorbemerkung 50

A. Angelsachsen 71

B. Die deutsch. Sachsen 75

III. Der ags. Sixhŷnde ist eine durch das Königthum eingeführte Neuerung litischen Ursprungs 84

IV. Die Zweitheilung des einfachen Freienstandes.

Vorbemerkung 94

A. Der altsächs. Minoflide 121

B. Der ags. Minoflide 127

Anhang: Die ags. Rechtsbegriffe Bôkland und Folkland 133

Berichtigung zu S. 41, N. 1 145

Nachträge zu S. 28, N. 2; S. 62 f.; S. 95; S. 110 f. und S. 127 146

Digitized by Google

Vorrede.

Die Abhandlung, welche ich hiermit der Öffentlichkeit übergebe, berührt im II. Abschnitt die Grundlagen der germanischen Schöffengerichtsverfaßung überhaupt und im IV. die der fränkischen insbesondere so nahe, daß es gerechtfertigt erscheinen muß, wenn ich ihr ein Vorwort voraufschicke, das sich ausschließlich mit der Frage nach Ursprung und Entwicklung des altdeutschen Schöffengerichts befaßt. Ich habe diese Frage i. J. 1881 (im X. Bande der „Untersuchungen zur deutschen Staats- u. Rechtsgeschichte") eingehend besprochen, und den Nachweis zu führen gesucht, daß die Theorie, welche v. Savigny darüber aufgestellt hat, unhaltbar ist; daß nicht erst Karl d. Gr. Schöffenbeamte erschaffen hat, wie jene Theorie behauptet, sondern daß schon die rachineburgii legem dicentes der Lex Salica wirkliche Schöffenbeamte sind; aber ich habe dabei — und zwar durchaus nicht zu meiner Verwunderung — eine Erfahrung gemacht, auf die ich die Worte anwenden kann, welche v. Sybel vor Jahren (in Schmidts Zeitschr. f. Geschichtswißenschaft, III. 314) Waitz entgegengesezt hat: „Nachdem die Ansicht (scil. v. Savignys) einmal eingeführt war, hatte sie die Kraft jedes Bestehenden für sich. Das Gefühl, daß zahllose Autoritäten in etwas die quellenmäßige Begründung ersezen können, ist nicht so leicht ausgerottet, wie verurtheilt. Manche neueren Forscher wißen kaum noch, daß hier im Ernst ein Gegenstand des Zweifels vorhanden ist." Es wäre jedoch von mir um so mehr Thorheit, vor der unberechtigten Autorität des Bestehenden die Segel zu streichen, da ich inzwischen noch neues Beweismaterial gesammelt habe, das meinen Widerspruch unterstüzt; und somit wage ich nochmals für meine Ansicht einzutreten.

In der bezeichneten Monographie habe ich die These vom Beamtenthum der rachineburgii legem dicentes, Lex Sal., Tit. 57, welche den Kernpunkt der ganzen Frage bildet, theils mittelbar, theils unmittelbar zu begründen versucht. Die mittelbare Schluß-

Digitized by Google

folgerung bilden mehrere Säze, die ich hier in etwas anderer Reihenfolge wie früher widerholen will.

I. Zwischen der Lex Salica und der Gesezgebung Karls d. Gr. liegt kein organisches Gesez, das die rachineburgii legem dicentes in Schöffenbeamte verwandelt hätte. In der Gesezgebung Karls d. Gr. und in allen späteren Gesezen und Urkunden werden jene Raginburgen aber als Schöffenbeamte behandelt. Stellt sich also heraus, daß es eine Täuschung ist, der Gesezgebung Karls d. Gr. die Umwandlung derselben in königliche Beamte zuzuschreiben, so folgt unmittelbar, daß schon die Raginburgen des Tit. 57 der Lex Salica (sowie des Tit. 50) königliche Beamte gewesen sind.

II. Es ist Täuschung, in der Gesezgebung Karls d. Gr. die Umwandlung jener Raginburgen in Schöffenbeamte zu finden. Denn

a) wir besizen viele eingehende Berichte über die gesezgeberische Thätigkeit Karls d. Gr., darunter aber nicht die leiseste Andeutung von dieser einschneidenden Reform. Auch keine sonstige Geschichtsquelle aus der Zeit Karls d. Gr. selbst oder seiner unmittelbaren Nachfolger berichtet etwas davon.

b) Die Capitularien und Capitulargeseze Karls d. Gr. sind vielfältig und sorgfältig gesammelt; aber in keiner einzigen dieser Sammlungen findet sich ein Gesez oder auch nur eine Verordnung, welche die angebliche Neuerung einführte; namentlich kann eine solche Bedeutung auch nicht dem Capitulare a. 803, c. 20 (Boretius Capitularia, I. 1,16), das allein in Betracht kommen könnte, beigemeßen werden. Abgesehn von allen anderen Gründen, spricht entscheidend gegen solche Verwerthung die Thatsache, daß die Titulatur des Schöffen*beamten*, scabinus, bereits in zweifellos echten fränkischen Placitis von 780 und 781 gebraucht wird. Vgl. Schöffenger., S. 171.

c) Die Forschung, der selbstverständlich das Fehlen des in Rede stehenden Organisationsgesezes nicht unbekannt geblieben ist, hat geglaubt, sich über diesen Punkt wegsezen zu können, weil seit Karl d. Gr. die bereits erwähnte Titulatur scabini für die rachineburgii legem dicentes aufkommt, und diese Thatsache allein schon voller Beweis sei, daß mit jenen Raginburgen eine Veränderung, bez. die angenommene Veränderung, vor sich gegangen sei. Das erweist sich jedoch bei genauem Betracht als Fehlschluß. Es ist im höchsten Maße wahrscheinlich, daß die neue Titulatur den Langobarden entlehnt ist. Die Gründe für diese Annahme habe ich, a. a. O., SS. 163 ff., weitläufig dargelegt. Ich füge hier hinzu, daß Zupitza (Ztschr. f. deutsch. Alterthum u. deutsche Literatur, Bd. 21 S. 23) eine kenter Glosse aus dem IX. Jahrh. mittheilt,

Digitized by Google

welche legum conditores durch „skepttenras", richtig wohl skeppendas, übersezt. Auch das scheint mir auf den langobard. Ursprung des Wortes hinzuweisen. (Etymon wohl altsächs. skapan, ags. skeppan, ordinare.) Die langobard. Kanzlisten sind es allem Anscheine nach gewesen, welche die Titulatur in die fränk. Kanzlei- und Gerichtssprache eingeführt haben; und Karl d. Gr. hat es geduldet, daß der Titel in Capit. a. 803, c. 20 (nach dem Vorgange des langobard. Capit. a. 802, c. 14, (Mon. Germ., Legg. I., S. 104) gebraucht wurde, weil Raginburge kein Amtstitel ist, sondern die Bezeichnung einer ganzen Statsbürgerclasse, (vgl. Abschn. IV dieser Abhandlung), während in c. 20 cit. doch grade eine Bezeichnung für die Schöffenbeamten nöthig war. Daß die neue Titulatur in der That auch nicht Folge sachlicher Neuerung war, beweist am eclatantesten der Umstand, daß sie vom Volke völlig unbeachtet gelaßen wurde. Hält man aber daran fest, daß die Titulatur den Langobarden entlehnt ist, so kann man daraus noch ein ganz besonderes Argument gegen die Hypothese von Karls d. Gr. Reform machen. Die Langobarden nämlich kannten während der Zeit ihrer Selbständigkeit schlechterdings keine anderen Urtheiler, wie die königlichen Beamten und sonstige Schöffenbeamte; der nicht beamtete Beistand, die rachineburgii adstantes der fränk. Placita, waren ihnen ganz unbekannt. (Vgl. Schöffenger., SS. 200 ff.) Deutete also wirklich die Benuzung der Titulatur scabinus seit Karl d. Gr. auf eine Reform der Urtheilsbank, so müßte dieselbe auch sachlich sich an das langobard. Muster angeschloßen haben. Anstatt dessen ergeben die Quellen, daß nicht bloß die rachineburgii adstantes bei den Franken bleiben, sondern daß diese Einrichtung mit der fränk. Herrschaft auch bei den Langobarden eingeführt ist. (Vgl. Schöffenger., a. a. O.) Das war den Langobarden lästig, und eben deshalb verbot auch König Pippin durch c. 14 seines Capitulars von 802 die zwangsweise Zuziehung von Beiständern. Eine gleiche Instruction wurde dann durch c. 20 des Capitulars von 803 auch den Beamten der fränk. Stammlande ertheilt.

Den unmittelbaren Beweis der Beamteneigenschaft der rachineburgii legem dicentes habe ich zu führen gesucht

I. durch den Nachweis, daß das Schöffenbeamtenthum zu den pangermanischen, bez. urgermanischen Einrichtungen gehört.

Ich erkenne an, daß der betreffende Abschnitt meiner Monographie mislungen ist; namentlich hätte ich ganz die römische Analogie aus dem Spiele laßen sollen. Was aber früher verfehlt ist, hoffe ich jezt durch die Ausführungen des II. Abschnitts der vorliegenden Abhandlung gut gemacht zu haben.

Digitized by Google

II. Stüzt sich dieser Theil meiner Argumentation auf directe Quellenzeugniße, denen ich nachfolgends noch ein Par neue hinzufügen werde.

Lezteres ist mir äußerst erwünscht; denn hier ist begreiflicher Weise der Hauptpunkt, wo die Anhänger der älteren, herrschenden Ansicht mir entgegengetreten sind.

a) In erster Linie habe ich mich (a. a. O. S. 196 f.) hier auf einen Saz aus Edict. Chilperici, c. 7 berufen, den ich in einer emendirten Lesart mittheile, welche meine Gegner stillschweigend als richtig anerkannt haben. Er lautet danach: „Et si septem venire non potuerint, et eos certa sonia detrigaverit, ut toti venire non possint, tunc veniant tres de ipsis, qui pro praeside[1]) suo dicant et pro paris suos sunia nuntiant." Die Art, wie ich bekämpft bin, zwingt mich leider, die ganze Deduction, worin ich ausführe, weshalb die Stelle den behaupteten Beweis liefere, in extenso mitzutheilen. Ich habe wörtlich gesagt: „Der lezte Saz schließt ms. Es. jeden Zweifel über die Amtsqualität der Raginburgen aus. Dieselben werden unzweifelhaft hier als „pares", wie die Friesen sagen ‚sîthar', d. i. Genoßen bezeichnet; eine Ausdrucksweise, die sich schlechterdings nicht anders verstehn läßt, als daß der Gesezgeber eine dauernde Amtsgenoßenschaft, eine collegiale Stellung unter ihnen angenommen hat. Ich verweise z. B. auf die merkelschen, dem von Chilperich I beherrschten, neustrischen Gebiete entstammenden Formeln 18, 23 u. 35 (Zeitschr. f. Rgesch., I. 207, 210 f. u. 218 f.), wo das Adject. par im Sinne unseres ‚verwandt' gebraucht ist. Vgl. auch Gengler, Glossar, s. v. par. Von hier aus fällt denn auch ein sehr bedeutungsvolles Licht auf das Wort praeses, womit unfraglich der Graf gemeint ist." (Vgl. Waitz, VG., II. 2³, 26). „Die Bezeichnung ‚praeses' für Graf ist in romanischen Gegenden bekanntlich nicht grade selten; hier aber hat das Wort einen starken Beigeschmack von ‚Vorgeseztem'. Dazu kommt dann noch das Particip. ‚ferrebanniti'. Sohm will dasselbe (Proc. d. Lex Sal., S. 208 f.) durch tanganati umschreiben; hier aber, wie im Schlußsaze von Lex Sal. De testib., (Merk.) 49, besagt das Wort ‚durch Amtsbefehl vorgeladen'; die 7 rachimburgii ferrebanniti besagt: diejenigen 7 Raginburgen, denen der Graf für jene Gerichtssizung den eigentlichen Raginburgendienst im Sinne des Titels De rachineburgiis übertragen hatte. Mit den soeben aufgedeckten Thatsachen steht auch ein zweiter

[1]) So Pertz — wohl zweifellos richtig — nach der leydener Hs. Boretius (Behrend, Lex Sal., S. 108) giebt dafür „pro fide sua" nach der pariser Hs.; jezt aber (Capitularien, S. 9): „qui preside sua dicant."

Digitized by Google

sehr erheblicher Umstand im Ursachzusammenhange, den ich hier ebenfalls nothwendig hervorheben muß. Sohm (a. a. O., S. 205) und Cohn (Justizverweigerung, S. 74) nehmen an, daß die 7 Raginburgen, die bei der Pfändung zugezogen sind und später auch im königlichen Hofgericht als Zeugen auftreten, dieselben sind, welche ursprünglich den Schuldner zur Zahlung verurtheilt haben, und daß ihr Gerichtszeugniß über jene Verurtheilung die Grundlage des Pfändungsantrages ausmacht. Zu gleichem Ergebniß führt auch das, was Brunner (Gerichtszeugniß u. Königsurk., S. 165 f.) über die Sache sagt, wenngleich dabei — wie es scheint absichtlich — das Wort ‚Gerichtszeugniß‘ vermieden ist. Es heißt dort nämlich: ‚Die Aufforderung zur Pfändung soll gerichtlich geschehn ante rachimburgiis sedentes et dicentes, quod ipsi illum ante audierint. Der Kläger nennt nicht mehr selbst die Pfändungssumme, sondern er verlangt vom Grafen nur, ut praendat, quantum rachimburgii antea oderint.‘ Daß diese Auffaßung richtig ist, läßt sich nicht bestreiten. Wie soll aber die Möglichkeit jenes Gerichtszeugnißes, des ‚dicere quod ipsi illum ante audierint‘ erklärt werden, wenn nicht aus der Beamteneigenschaft der Raginburgen, namentlich derjenigen sieben von ihnen, ‚qui ad *omnia* placita praeesse debent‘, und daher auch bei jedem Urtheil amtlich thätig sind?“

Hiergegen bemerkt Waitz (VG., II. 2³, 165, N. 4): „Ganz in der Luft schwebt die Annahme Hermanns, die Rachinburgen seien Beamte, weil es hier von dreien derselben heißt: ‚si toti venire non possint, tunc tres de ipsis, et pro paris suos sunia nuntiant.‘ Pares wird in verschiedener Anwendung, aber nie (!) von Beamten gebraucht.“ Auf das waitzsche „ganz in der Luft schweben“ giebt meine resumirende Einleitung die bündigste Antwort; was es aber damit auf sich hat, daß par „nie“ „von Beamten gebraucht“ werde, so glaube ich genügt schon der Hinweis auf das fries. sithar, latein. „pares“, um zu zeigen, daß Waitz hier mehr behauptet, als er quellenmäßig beweisen kann. Seine Behauptung ist so gefaßt, daß man in der Bezeichnung pares den klarsten Beweis für die Nichtbeamtetheit der Leute finden müßte, wenn sie richtig wäre. Dabei bezeichnen aber die fries. Geseze an zahlreichen Stellen die richterlichen Beamten, z. B. die redjewa, unter einander als „sithar“. Ich verweise deshalb auf den Artikel sith in v. Richthofens Altfries. Wörterb. Soll etwa diese fries. Analogie nichts für das fränk. par beweisen? Der Kernpunkt meiner Argumentation ist der Saz, daß das Wort par ein dauerndes genoßenschaftliches Verhältniß ausdrückt, und in dieser Beziehung dem fries. sith vollkommen gleich steht; das aber wird Waitz gewiß nicht widerlegen

Digitized by Google

können. Einen Ausweg gäbe es hier ms. Es. für Waitz nur, wenn sich pares in dem allgemeineren Sinne von Standesgenoßen verstehn ließe; diese Möglichkeit schließt jedoch der Zusammenhang unbedingt aus. Wie der Graf mit Rücksicht auf seinen Beruf hier praeses genannt wird, so deutet auch die Bezeichnung der Raginburgen als pares einzig und allein auf ihre Berufsgenoßenschaft hin. Eben deshalb beweist der significante Ausdruck auch so unwidersprechlich, was ich ihn beweisen laßen will. (Vgl. auch S. 13, N. *)

Waitz ist übrigens nicht der Opponent, der mich gezwungen hat, den vollen Wortlaut meiner Deduction in Erinnerung zu bringen, sondern ein jüngerer Schriftsteller, der in einer Habilitationsschrift „Der Rechtsschuz gegenüber Eingriffen von Staatsbeamten nach altfränk. Recht" (von H. O. Lehmann, Kiel 1883, 8°, S. 3) folgende erstaunliche Aussage über mich macht: „Nach Hermanns Behauptung wird in cap. 7 dieses Edicts gesagt, daß bei allen Placitis für einen Rechtsstreit dieselben Raginburgen zugezogen sein sollen. Er citirt dafür die Worte: ‚qui ad omnia placita praeesse debent.' Aber diese citirten Worte kommen in dem Edict überhaupt nicht vor; und auch sonst ist in ihm nirgends ausgesprochen, daß die Raginburgen bei allen Placita zugegen sein sollen" u. s. w. Es wird genügen, dieser wohlwollenden Belehrung den Wortlaut meiner Ausführung gegenüber zu halten.

b) Zu den Stellen, welche den unmittelbaren Beweis für den Beamtencharakter der rachineb. legem dicentes liefern, gehört möglicher, ms. Es. sogar wahrscheinlicher Weise auch VII. 6 der sogen. Septem Causae, sofern nicht etwa anzunehmen ist, daß die Stelle erst aus karoling. Zeit stammt.[1]) Ich bin auf diese und die alsbald unter Litt. c. anzugebenden Stellen erst nachträglich aufmerksam geworden, und bespreche sie hier um so lieber, weil sie mir zugleich eine willkommene praktische Erläuterung des Unterschiedes von rach. residentes und adstantes zu bieten scheint.

---

[1]) Sept. c. VII. 7 würde ms. Es. eine solche Vermuthung nahe legen, wenn wirklich mit Sohm (Mon. Germ., Legg. V. 271, N. 2 u. S. 276, N. 43) angenommen werden müßte, daß Francus darin in demselben Sinne gebraucht wäre wie Lex Francor. Chamavor., c. 3 (Mon. G., a. a. O., S. 271). Das scheint mir indeß irrthümlich. Der Text von § 7 ist augenscheinlich corrumpirt; statt „Francus Francum" muß für das erste Francus ein Eigenschaftswort stehn, das den „Francum" näher qualificirt, und so die Wergeldbestimmung motivirt. Francus scheint hier und in § 6 in dem Sinne von Raginburge gebraucht zu sein, in welchem das Wort auch sonst verschiedentlich, und zwar auch schon in merowing. Zeit vorkommt. Vgl. Waitz, VG. II. 1² 272 f.

Digitized by Google

Der Franco inter quatuor solia (VII. 6) ist sicher kein Franke in seinen vier Pfählen, d. h. seiner Behausung, wie Behrend (Lex Salica, Berlin 1874, 8°, Wortregister, S. 159, s. v. solium) für möglich hält; sondern er ist ein „rachineburgius in mallobergo sedens“. Dahin hat sich auch Waitz (VG. II. 2,³ 166, bes. N. 2) ausgesprochen. Sohm, durch den Waitz erst zu seiner Ansicht geleitet ist, hat im allgemeinen (Proc. d. Lex Sal., S. 155, N. 1) die quatuor solia richtig identificirt; offenbar nimmt aber er sowohl wie Waitz an, daß der Malberg und die vier Bänke identisch seien; das halte ich jedoch für unrichtig. Ich vermuthe vielmehr, daß die quatuor solia der Plaz der rachineb. adstantes gewesen, und daß sie ein ungeschloßenes Quadrat gebildet haben, in dessen Mitte, etwas erhöht, der eigentliche Malberg als Plaz des eigentlichen Gerichts, und mit diesem der sieben (nicht, wie Waitz a. a. O. will zwölf) rachineburgii residentes, s. legem dicentes, sich befand.[1]) Die Bezeichnung „rachineburgii in mallobergo sedentes“ in Lex Sal., Tit. 57, scheint mir daher ein umschreibender Ausdruck für das den Franken ursprünglich fremde Wort Schöffe zu sein; und das Gleiche gilt offenbar von dem „Franco inter 4 solia“ der Sept. C., VII. 6. Demnach kann ich auch nicht mit Sohm (a. a. O.) und Waitz (a. a. O.) in jener Rechtsnorm ein Analogon zu Lex Sal., Tit. 63 sehn, und annehmen, die darin erwähnte Verdreifachung des Wergeldes erstrecke sich über die Ding-, bez. Gerichtszeit nicht hinaus. Hätten die Franken einen solchen Grundsaz gekannt, so hätte er doch auch nothwendig dem Grafio und Sakebaro zugute kommen müßen, was zweifellos nicht der Fall gewesen ist. Demnach nehme ich an, jener Rechtssaz spricht die unbedingte Gleichstellung des Schöffen im Wergelde mit dem Grafio und Sakebaro aus.

Die beiden lezteren sind ja auch unmittelbar vorher in § 4 u. 5 genannt, und ihnen schließt sich der Franco „inter 4 solia“, der Schöffe an.[2])

---

[1]) Vgl. Thonissen, Loi Salique, 2. Aufl., S. 82 u. 373 f. Friesen und Sachsen nannten den Malberg hwarf, warf; und wahrscheinlich ebenso die Langobarden. Neben dem warf haben weder die Friesen noch die Sachsen, bez. Angelsachsen, noch auch die Langobarden die „vier Bänke“ gekannt; bei lezteren müßen sie aber durch die Franken eingeführt sein. Der Hêljand bezeichnet v. 4463—4469, (bes. v. 4466—69) und v. 5056—62, (bes. v. 5058—62) den hwarf als Siz des Gerichts; auf ihm sizen die êosagon, die Priester und Schöffen, neben denen keine Urtheilsfinder weiter vorkommen.

[2]) §§ 4—6 sprechen offenbar von den Leuten, deren Siz im Gerichte „inter quatuor solia“, d. h. auf dem Malberge, ist; denn daß dort auch der Grafio und die Sakebaron ihren Siz haben, ergiebt Lex Sal., Tit. 54, § 3. Die

Digitized by Google

c) Gregor v. T. erzählt, VII. 47, (Mon. G., Script. rer. merovingicar., I. 1, 324) von Streitigkeiten, welche unter den Bürgern von Tours ausgebrochen, und schließt seinen langen und verworrenen Bericht mit folgendem Saze: „Tunc partes a judice ad civitatem deductae causas proprias proloquuntur; inventumque est a judicibus, ut, qui nolens accipere prius compositionem domos incendiis tradidit, medietatem pretii quod ei fuerat judicatum, amitteret.“ Die „judices“ dieser Stelle sind zweifellos die rachineburgii in mallobergo sedentes, die Schöffen. Gregor v. T. gebraucht sonst judex, in genauster Übereinstimmung mit der damaligen und späteren fränk. Amtssprache (vgl. Waitz, VG., II. 2³, 25 f.), nur vom ständigen Beamten; wie mag er also wohl dazu gekommen sein, hier die Schöffen so zu tituliren? Sohm giebt darauf (Fränk. Reichs- u. Ger.-Vf., S. 150) im Sinne der herrschenden Theorie die einzige Antwort, die sie geben kann, obwohl er dabei unseren besonderen Fall gar nicht vor Augen gehabt hat; er sagt: „Nur durch Nachwirkung römischen Sprachgebrauchs kommt vereinzelt schon unter den Merowingern, allgemeiner unter den Karolingern, auch für die urtheilenden Schöffen der Name judex . . . vor.“ Nur durch Nachwirkung römischen Sprachgebrauchs? Recht sonderbar; namentlich wenn man erwägt, daß derselbe erst unter den Karolingern so recht flott zu wirken begonnen hat, also zu einer Zeit, wo man bereits die entsprechende Titulatur für Schöffenbeamte adoptirt hatte. Nicht nur Sohm bezeugt (a. a. O.) die Thatsache, sondern auch Waitz (VG. II. 2³ 164, N. 3); ja sie ist überhaupt bekannt genug. Sollte also nicht vielleicht Sohms „römischer Sprachgebrauch“ ein Nothbehelf der Verlegenheit sein, der eigentlich wohl noch mehr Noth, als Hilfe schafft? Ich bin fest überzeugt davon, besonders wenn ich erwäge, daß schon Pardessus in einer der beiden pariser Handschriften der Lex Salica das Glossem „judex“ für rachineb. in mallobergo sedens nachgewiesen hat. (Vgl. darüber Waitz, a. a. O.) Wenn ich freilich meinen Angriff gegen die herrschende Theorie nur auf Grund dieses Glossems und jener Stelle Gregors unternehmen sollte, würde mir der Muth dazu versagen, so viel Gewicht ich auch grade auf Gregors judices lege; im ganzen Zusammenhange der Erwägung aber fühle ich mich nicht mehr berechtigt, darin nichts als incorrecte Nachwirkung früheren römischen Sprachgebrauchs zu sehn, sondern ich kann nur meine

Bezeichnung „inter quatuor solia“ ist also ganz der lebendigen Vorstellung, als wenn man sich auf dem Dingplaze befände, entnommen.

Digitized by Google

Überzeugung dahin aussprechen, daß Gregor jedes Mal die Schöffen judices, d. h. Urtheils beamte genannt haben würde, wenn er sonst noch Veranlaßung genommen hätte, ihrer zu gedenken.[1])

d) Endlich habe ich mich (a. a. O., S. 198 f.) noch auf Andemars Chronicum Aquitanic. et Francic., II. 19 (Mon. Germ., Script., IV. 122) berufen als auf eine Quelle, welche unmittelbar den Beweis liefert, daß die fränk. Schöffen schon vor Karls d. Gr. Alleinherrschaft königliche Beamte gewesen sind. Andemar erzählt dort, Karl d. Kahle habe einen Grafen Vulgrimnus in Folge von Aufständen über Aqutanien gesezt; und die eine Handschrift (Cod. 2, nach Waitz) fügt dem noch folgende Notiz über Wulgrimn bei: „Hic Vulgrimnus sepe a Carlomanno", Karls d. Gr. 771 gestorbener Bruder, „et demum a Carlo Magno imperatore, fratre ejus, missus fuit", nämlich von der Königspfalz als königlicher Sendbote, „in Aqitaniae urbes *una cum raimburgis* propter justitias faciendas, eratque jam senex, quando eum Carolus Calvus fecit comitem supradictarum urbium". Vom textkritischen Standpunkte aus erscheint der Zusaz unanfechtbar; die Notiz muß also, da Andemar ein durchaus glaubwürdiger Schriftsteller ist, so wie sie da steht, als geschichtliche Wahrheit angenommen werden. Daraufhin habe ich deducirt: in der Zeit des zweifellos ausgebildeten Schöffen amts besäßen wir sprechende Analogien von Schöffenentsendungen zu der Entsendung von Raginburgen, die hier von Karlmann berichtet wird; derartige Entsendungen sezten aber eben nothwendig die wirkliche Beamtetheit voraus, weil der einfache Dingmann nur innerhalb des Gerichtsbezirks seines Wohnsizes gerichtsfolgepflichtig sei. Um die Relevanz der Thatsachen, worauf ich mich in dieser Deduction stüze, und namentlich des „una cum raimburgis" in Andemars Bericht noch schärfer hervortreten zu laßen, mache ich nachträglich noch auf Folgendes aufmerksam. Die Unterwerfung Aquitaniens ist 768 vollendet; in demselben Jahre hat Pipin d. Kl. sein Reich unter seine beiden Söhne Karl und Karlmann vertheilt, und dabei jedem von ihnen ein Stück von Aquitanien überwiesen. Die Entsendungen Wulgrimns und der Raginburgen fallen somit in die Jahre 768—771. Davon, daß die entsandten Raginburgen Aquitanier gewesen, kann schlechterdings keine Rede sein; dem würde schon der Pacificationszweck widersprechen, der durch die Entsendungen erreicht werden sollte; davon jedoch ganz abgesehn, folgt das Gegentheil des bestimmtesten daraus, daß

---

[1]) Wahrscheinlich besizen wir in VII. 42 sogar noch eine zweite Stelle, welche diese Vermuthung bestätigt. Ich werde sie S. 12 mittheilen.

Digitized by Google

Karlmanns Residenz, von wo aus die Sendboten abgingen, nicht in Aquitanien, sondern in der Picardie gelegen hat. Dort ist er 771 zu Samoucy bei Laon gestorben.

Waitz, der Herausgeber von Andemars Chronik in den Monumenta Germaniae, hat — aus mir unerfindlichen Gründen — meine Verweisung auf die Stelle keiner Berücksichtigung gewürdigt, sondern die oben beleuchtete Bemerkung über die angebliche Bedeutung von „pares" zu meiner Widerlegung für vollkommen ausreichend gehalten. Lehmann dagegen hat sich berufen gefühlt, auch hier wieder meinen Meister zu spielen. „In einem Text von Andemars Chronicon", lehrt er (S. 3), „wird erzählt, daß Vulgrinus (!) von Karl d. Gr. (!!) ,missus fuit in Aquitaniae urbes una cum raimburgis propter justitias faciendas'. Die Rachinburgen werden vom Könige geschickt, also — schließt Hermann — sind es königliche Beamte. (!) Er übersieht dabei nur, daß es sich um das Gericht eines missus . . . handelt. Der missus vertritt die Person des Königs, und wie im Königsgericht die am Hofe anwesenden Großen urtheilen, so können auch im Gerichte des missus seine Begleiter das Recht finden. Für das Gaugericht wird dadurch gar nichts bewiesen." Spricht Andemar von königlichen Antrustionen, bez. Hofleuten, die Wulgrimn begleiten, oder sagt er una cum raimburgis? Ich denke das Leztere. Ferner: hat das königliche Pfalzgericht besondere, mit dem Specialtitel Raginburgen oder scabini ausgestattete Schöffen gehabt oder nicht? Ich denke: nein. Um die Entsendung solcher Schöffen handelt es sich aber hier; das können wir namentlich aus dem digner Placitum von 780 (Schöffengericht, S. 160) ersehn. Demnach wird also alles Disputiren uns der Nothwendigkeit nicht entheben, Andemars una cum raimburgis zu verstehn als „in Begleitung von Leuten, die im Grafengericht als rachineburgii in mallobergo sedentes fungirten." So verstanden liefert die Stelle aber eclatant und unwidersprechlich den Beweis, den ich ihr entnommen habe.

Obgleich ich mich hiernach gezwungen gesehn habe, schon das alte fränk. Gericht, soweit sein „Malberg" in Betracht kommt, für ein reines Beamtengericht zu erklären, so habe ich dennoch einen Unterschied zwischen diesem und dem späteren deutschen, namentlich dem Reichsschöffengericht, wie es der Sachsenspiegel darstellt, gemacht. Beide unterscheiden sich meiner Auffaßung nach schon äußerlich dadurch, daß dem lezteren das Institut der rachineburgii adstantes vollkommen fremd ist; dieser äußerliche Unterschied hat aber seinen tieferen Grund darin, daß die spätere Schöffengerichtsverfaßung dem Richter das Urtheil ganz abnimmt, und auf die

Digitized by Google

Schöffen überträgt. Lex Sal., Tit. 57 erzeugt allerdings den Eindruck, als ob schon das salfränk. Gesezbuch denselben Grundsaz anerkenne; ms. Es. ist dem jedoch in Wahrheit nicht so, sondern der Richter ist nach fränk. Statsrecht mitmaßgebende Potenz beim Urtheil gewesen. Ich kann jezt nachträglich mit Genugthuung constatiren, daß v. Sybel (Entstehung d. deutsch. Königthums, 2. Aufl., Frankfurt a/M. 1881. 8°, S. 387 f.) im wesentlichen dieselbe Meinung ausgesprochen hat; und zwar, füge ich hinzu, im wesentlichen auch aus denselben Gründen, wie ich. Nach Waitz (VG. II. 2³ 164, N. 2) soll damit allerdings dem Grafen „zu viel beigemeßen" sein; indeß das ist doch eben nur vom Standpunkte der herrschenden Theorie aus richtig, und diesen verleugnet ja v. Sybel grade, ebenso wie ich.

Die Gründe, worauf ich mich dabei (a. a. O., SS. 241—255) stüze, sind vor allem der Thatsache entlehnt, daß der Richter, d. h. der Graf und seine Vicare, in merowing. und karoling. Zeit mit der sorgfältigen Controle der Schöffenurtheile betraut, und für dieselben verantwortlich gemacht werden; daß man deshalb von ihnen genaue Gesezeskenntniß fordert; und endlich daß dem Richter ausschließlich das damnare beigelegt, und bei ihm nicht weniger vom judicare gesprochen wird, wie beim Schöffen. Auch in dieser Schlußfolgerung zeige ich mich indeß in Lehmanns Augen wieder als einer, den ungenügende Sachkunde auf falsche Wege geführt hat. Derselbe urgirt (S. 90), daß die betreffenden Geseze und sonstigen Quellenzeugniße, auf die ich mich berufe, z. Thl. „auf Urtheile in nichtfränk. Gebieten des Reichs" sich beziehn, z. Thl. nur vom Vollstreckungsbefehl des Grafen handeln," und sieht sich veranlaßt, von dieser Basis aus mich (ebendas., N. 22) folgendermaßen zu rectificiren: „Hermanns Behauptung von der Urtheilsfindung auch durch den Grafen in karoling. Zeit wird durch die von ihm dafür angeführten Capitularien und sonstigen Citate nicht bewiesen. Sein Hauptargument ist die Behauptung, daß damnare und judicare nothwendig die Urtheilsfindung mit umfaßen. Die im Texte besprochene Stelle De Glor. martyr., I. 73, beweist das Gegentheil." Wenn ich nun hiergegen erwiderte: Wer einem anderen willkürlich „Hauptargumente" unterschiebt, zeigt sich zwar als Gegner, aber nicht als siegesgewißer, widerlegender? Mein „Hauptargument", des sind SS. 241—245 Zeugen, ist nicht das judicare und damnare, Ausdrücke, die ich auch nicht in dem Sinne gedeutet habe, wie es der Schluß von Lehmanns Ausführung andeutet; mein wirkliches Hauptargument ist die Verantwortlichkeit des Grafen u. s. w. für das Schöffenurtheil, das er seinem Richterspruche, seiner judi-

Digitized by Google

catio oder damnatio zu Grunde zu legen hat. Grade dies Hauptargument übergeht Lehmann mit Stillschweigen, und bringt in Folge dessen seinen Lesern eine ganz falsche Vorstellung von meiner Auffaßung des richterlichen judicare und damnare, sowie seiner Stellung zur Urtheilsfindung bei. Nirgends habe ich dem fränk. Grafen die eigentlich schöffische Thätigkeit des langobard. Richters zugeschrieben, sondern nur die Hypothese aufgestellt, die rachineb. in mallob. sedentes hätten kein Urtheil abgeben dürfen, das nicht vorher die Zustimmung des Richters gefunden hatte; auch vermuthe ich, daß derselbe die, wenngleich nicht lagmännisch maßgebende Befugniß der Rechtsweisung den Schöffen gegenüber gehabt hat.

Was soll ich denn also mit Lehmanns Belehrung anfangen? Darüber bin ich, wie gesagt, schon vorher, ehe ich Lehmanns Abhandlung kennen gelernt habe, mit mir im Klaren gewesen, daß die Quellen nicht sagen wollen, der Richter habe anstatt der Schöffen (oder mit ihnen zusammen) geurtheilt, wenn sie ihm das judicare, damnare u. s. w. beilegen. Es ist fränkisches Statsrecht, daß das Urtheil erst durch Verhandlung vor und mit den rachineb. in mallob. sedentes festgestellt werden muß, bevor der eigentliche Richterspruch erfolgen kann. Oder will Lehmann etwa das judicare des Grafen u. s. w. in diesem Sinne leugnen, der, namentlich angesichts der Vorschriften über seine Verantwortlichkeit, mit Nothwendigkeit zu der Annahme maßgebenden Einflußes des Richters auf das Schöffenurtheil führt? Die — wohl nicht ganz einwandsfreien, kühnen — Deductionen, SS. 87—89, machen das in der That höchst glaublich. Nun denn, so will ich den quellenmäßigen Nachweis führen, daß der den Schöffenspruch sanctionirende Richterspruch uraltes fränk. Recht gewesen ist, das schon zu Chlodwigs Zeit gegolten hat. In die Reihe der desfallsigen Beweisstücke gehört auch die von Lehmann selbst allegirte, S. 91 f., besprochene Stelle, Gregor., De Glor. martyr., I. 73; indeß will ich von dieser ganz absehn, und mich auf die folgenden beschränken:

1. Gregor, VII. 47 (s. oben, S. 8): „cum praeceptum esset, ut condemnaretur“, d. h. nachdem durch Richterspruch vor beseztem Gericht sein Todesurtheil festgesezt war.

2. Ebendas., c. 42 (Mon. G., a. a. O., S. 321): „edictum a judicibus datum est, ut qui in hac expeditione tardi fuerant, damnarentur.“ Die judices sind hier ms. Es. wieder die Schöffen, während v. Giesebrecht (Note zu der betreffenden Stelle seiner Übersezung des Gregor), Löbell (Gregor v. T., 2. Aufl., S. 143, N. 5) u. a. darin die comites u. s. w. sehn wollen. Ist lezte Ansicht die richtige, so ist, denke ich, das „edictum“ significant genug;

Digitized by Google

habe ich aber Recht, so ist widerum das edictum est, ut damnarentur so charakteristisch wie nur möglich.

3. Jonas, V. Columbani, c. 34: „Commorans . . . inibi audivit, scil. Columbanus, carcerem eo in loco plenam esse damnatorum hominum, mortis poenam expectantium.“ Die Leute sind im Gericht vom Grafen zum Tode verurtheilt, und erwarten nun ihre Hinrichtung. Lehmann will, wie gezeigt, (S. 90) das damnare z. Thl. als bloßen „Vollstreckungsbefehl“ gelten laßen. Diese Stelle beweist evident, daß die Chronisten u. s. w. damit die Vorstellung des förmlichen Richterspruchs verbinden.

4. V. Eligii, II. 15 (bei Sohm, Fränk. Reichs- u. Ger.-Vf., S. 234 f., N. 66): „complures nuper mortis sententia damnatos in fiscali carcere teneri.“

5. Schließlich sei auch noch auf Fortunatus, V. Albini, c. 16, hingewiesen, doch bedarfs der wörtlichen Mittheilung der Stelle nicht mehr.

Auf eine Kritik meiner Hypothese betreffs der muthmaßlichen Einflüße, welche die Umwandlung des fränkischen Schöffengerichts in das spätere deutsche, bez. sächs., veranlaßt haben (a. a. O., SS. 245 ff.), hat sich keiner meiner beiden Gegner eingelaßen. Ich selbst lege wenig Werth darauf, und möchte jezt doch vermuthen, daß dabei die alte sächsische Einrichtung von starkem Einfluß gewesen ist, wonach das Urtheil Sache der êosagon gewesen. Daß die Franken, und insbesondre Karl d. Gr. den Wassalenstaten große Freiheit in dieser Beziehung gelaßen haben, beweisen die von der fränkischen abweichenden Organisationen der Alemannen, Baiern, und namentlich der Friesen.

---

*) Über die Bedeutung von „pares“ verweise ich nachträglich neben Waitz, VG. II. 1³, S. 258, Text u. Note 2 u. 3, auf Gierke, Genoßenschaftsr., I. 140—142. Von den Stellen, die diese beiden Schriftsteller nachweisen, kommt für mich hier vornehmlich das Diplom Chilperichs II (Mon. G., Dipl. I. 73, Nr. 82) in Betracht, wo von den Gesandten des Abts von St. Denis gesagt ist, sie seien „cum paris suos“ zum Könige (ad vos bei Pertz ist unbedingt mit Waitz in „ad nos“ zu emendiren) gekommen. Diese „pares“ können in der That nicht die Standesgenoßen der Gesandten sein, wie Sickel will, und Waitz gegen ihn bestreitet, sondern es sind die „Angehörigen“, die amici et gasindi, die theilweise aus Verwandten bestanden haben. In ganz gleichem Sinne ist Lex Alamannor. Hlothar., Tit. 45 § 1 u. 2 (Mon. G., Legg., III. 60) der Ausdruck pares gebraucht; und auch Mark. I. 32 (Zeumer, S. 62 f.) stellt pares und amici so zusammen. In Ed. Chilp., c. 7, ist „pro paris suos“ wahrscheinlich zu verstehn als „pro paribus grafionis“, so daß die Raginburgen ebenfalls als dessen „amici et gasindi“ behandelt werden. Ich denke, das rechtfertigt wohl einigermaßen mein Urgiren des Ausdrucks „pares“ in c. 7, die dadurch erst recht zu pares, d. h. sithar, unter einander gemacht werden.

Digitized by Google

I.

Die Grundlage des altsächsischen und angelsächsichen Wergeldsystems bildet das Wergeld des Liten.

Jac. Grimm hat (R. A., S. 661) die Ansicht aufgestellt, die germanische Wergeldscala habe zum Fußpunkte das Wergeld des Gemeinfreien, so daß das Litenwergeld nur als Bruchtheil eines echten Wergeldes zu betrachten sei, und das Adelswergeld als die analoge Vervielfältigung desselben. Die Idee ist die unmittelbare Folgerung einer Auffaßung des germanischen Urstates, welche Hanssen, Gierke, v. Sybel u. a. noch näher zu begründen gesucht haben, wonach es ursprünglich unter den Germanen weder den Adelstand, noch auch die verkümmerte Civität des Liten gegeben hat; und bei der ausgedehnten Anhängerschaft eben dieser Auffaßung[1]) ist nichts natürlicher, als daß auch die grimmsche Folgerung daraus die allgemeinste Anerkennung gefunden hat.[2])

[1]) Ms. Ws. betrachtet unter den neueren Schriftstellern nur noch Hüllmann (Gesch. d. Ursprungs der Stände in Deutschland, 2. Aufl., Berlin 1830, 8°, SS. 1—7) die Existenz der genannten 3 Stände als etwas von Uranfang an Gegebenes; indeß sein genanntes Werk leidet an so starker Kritiklosigkeit, daß ich im Fortgange meiner Untersuchung davon ganz abgesehen habe.

[2]) So viel ich weis, hat Grimms Idee ausdrücklichen Widerspruch noch nie gefunden. Zöpfl, der sich überhaupt manigfach von Grimm entfernt, scheint sie (RG., 4. Aufl., II. 32) allerdings zu verwerfen; ausdrücklich ausgesprochen hat es jedoch auch er nicht. Sonst wird man nur finden, daß Grimms Idee stillschweigend als selbstverständlich vorausgesezt oder expressis verbis als Lehrsaz anerkannt ist. Ersteres ist z. B. der Fall bei v. Savigny (Rechtsgesch. d. Adels, S. 13 f. und besonders S. 27), sowie bei K. v. Maurer, der in seiner Abhandlung „Über d. Wesen d. ältesten Adels d. deutschen Stämme“ (München 1846, 8°, S. 130 f.) und Krit. Überschau, II. 60, den angelsächs. Sixhŷnde — diese Schreibart wird im Laufe dieses Abschnitts gerechtfertigt werden — nur deshalb als Pegel der ags. Wergeldscala behandelt, weil er irrthümlich in ihm den gemeinfreien vollbürgerlichen Grundbesizer sieht. Darin ist er, beiläufig bemerkt, später von Will. Stubbs (The constitutional history of England, 3 Bde., Oxford 1874—78, 8°; I. 161) insofern verbessert, als dieser

Digitized by Google

In der That scheint die Idee auch auf den ersten Blick so durchaus plausibel, daß man kaum wagt, daran zu zweifeln. Bildet denn nicht auch in der Agrarverfaßung, von der man das erwähnte demokratisch nivellistische Grundprincip des german. Urstates abgelesen hat, der Gemeinfreie das Normale? Das würden wir allerdings als förmlich urkundlich beglaubigt anzusehen haben, wenn es richtig wäre, das viel erörterte „secundum dignationem" des Tacitus (Germ., c. 26) mit Waitz[1]) (VG., I.[2] 109) durch: „mit Rücks. a. die Würde der Theilnehmer" zu übersezen. Indeß diese Übersezung ist unstatthaft. Den richtigen Weg der Interpretation zeigt die von Hanssen (Agrarhistor. Abhandlgn., Leipzig 1880, 8°, SS. 7—10) zur Evidenz klargestellte Thatsache, daß die Hufen in verschiedenen Gegenden von ganz verschiedener Größe ausgemeßen sind, je nach der größeren oder geringeren natürlichen Ergiebigkeit des Bodens. Nur diese Verschiedenheit kann Tacitus mit seiner dignatio gemeint haben[2]); denn — abge-

---

dem Twŷhŷnde jene Stellung anweist. Ebenso sezen Kemble (Die Sachsen i. England. Übersezt von Brandes, 1. 108 f.) und Quitzmann (Die älteste Rechtsverfaßung der Baiwaren. S. 39, cap. 2) die Richtigkeit der grimmschen Ansicht als selbstverständlich voraus. Andere würden sich hier noch anfügen laßen; indeß es wird genügen, noch zu bemerken, daß die beiden hervorragenden Autoritäten Waitz (RG., I[3] S. 198) und v. Richthofen (Untersuchungen über fries. RG., II. 2, Berlin 1882, 8°, S. 1026 u. 1102 f.) mit ausdrücklichen Worten den grimmschen Saz als richtig anerkennen; ersterer sogar unter specieller Berufung auf Grimm. v. Richthofen erkennt allerdings einen formalen Widerspruch von Lex Saxon. cap. 14 u. 16 gegen jene Theorie an; nichtsdestoweniger aber glaubt er (S. 1026) in Lex Fris. Tit. 22, c. 90 ihre volle Bestätigung zu finden. Dem kann man indeß nicht beitreten. Wie wenig Tit. 22 c. 90 solche Absicht verfolgt haben kann, geht am deutlichsten daraus hervor, daß der Lite in den spätern friesisch. Rechtsquellen verschiedentlich als „minus nobilis" bezeichnet wird (vgl. v. R., a. a. O. SS. 1027 u. 1030; 1050, n. 1 u. 1090). Derselbe wird damit offenbar wie ein aliquoter Theil des Adligen behandelt, wie dies auch nach v. Richthofen in Lex Saxon. cap. 16 geschehen soll.

[1]) Und mit v. Inama-Sternegg (Deutsche Wirthschaftsgesch. bis zum Schluße der Karolingerperiode, Leipzig 1879, 8°, Seite 11 u. 112). Übrigens muß erwähnt werden, daß v. Inama (SS. 78—81) gegen die Annahme des demokrat. Gleichheitsprincips bei der Landauftheilung selbst für die älteste Zeit systematisch ankämpft.

[2]) So verstehn die Sache auch Gierke (Genoßenschaftsrecht, I. 62 f.) und v. Sybel (Königth., 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1881, 8°, S. 21 f.), beide sich ebenfalls auf Hanssen stüzend. Der hier von mir in Bezug genommene Aufsaz Hanssens, „Ansichten über die Agrarverfaßung der Vorzeit", ist bereits 1836 und 37 veröffentlicht, und hat unverkennbar auch auf Zacher, „Germanien" (in Ersch u. Gruber, Sect. I. Bd. 6. 1855), S. 361, eingewirkt; nichtsdestoweniger

Digitized by Google

sehn von dem unleugbaren Zusammenhange zwischen Vollhufnerschaft und voller Civität, den die späteren Quellen erkennen laßen[1]) — findet sich in geschichtlicher Zeit keine Spur eines Zusammenhangs der Ausdehnung und Zahl der Hufen mit dem concreten Geburtstande ihres Besizers.[2]) Nirgends hat sich der Grundsaz ausgeprägt, daß litischer Geburtstand von der Vollhufnerschaft ausschließe[3]), oder daß der Adel durch gesteigerte Vollhufnerschaft bedingt wäre, oder gar daß diese Steigerung in genauem Verhältniß zu seinem gesteigerten Wergelde stehn müßte.

Die Analogie der Agrarverfaßung kann hiernach gewiß nicht für die grimmsche Theorie angerufen werden; mir scheint indeß, es giebt einen Standpunkt, von wo aus sie gradezu verfehlt erscheint.

Jac. Grimm und seine Zeit hatten noch keine richtige Vorstellung von der politischen Natur des Litenstandes. Sie rechneten denselben zu den „Knechten" (R. A., SS. 305—309), und schnitten sich damit von vornherein die Möglichkeit ab, die Wergeldscala eben von diesem Stande an zu beginnen.[4]) Das litische

stellt Zacher (S. 360) die Hypothese auf, die waitzsche Interpretation sei vielleicht zu retten, wenn man die Worte nicht auf die Ackerantheile, sondern auf die Hofstätten beziehe. Woher die letztere Möglichkeit abgeleitet werden soll, sagt Z. leider nicht.

[1]) Vgl. darüber Waitz, VG. 1², 127 u. 441 und II. 1², 278.

[2]) Vgl. Waitz (VG. I³, 198 u. S. 150, N. 6), sowie v. Inama (a. a. O., SS. 112—114). Die ags. Rechtsnorm, daß zum þegnskipe und gesîtsk. ein Grundbesiz von 5 Hufen gehöre, läßt sich hier ebenso wenig gegen mich verwerthen, wie der weitere Grundsaz, daß ein solcher Besiz den Wälen zum Sixhýnde mache. Wir werden uns später überzeugen, daß beide Säze nicht dem common law, sondern dem Hof- und Dienstrecht angehören; und daß mit dem Requisit des fünf Hufenbesizes nur die eigentliche Thatsache, welche die Standeserhöhung bewirkt, umschrieben, bez. verdeckt wird. Auch der Verlust des Adels mit dem Adelsgute, den die fries. Rechtsquellen vom 13. Jahrh. an bezeugen, (v. Richthofen, a. a. O., S. 1045 f) besagt hier gar nichts. Er stammt aus einer Zeit, wo das Standesrecht des Adels schon in mancher Beziehung dinglich geworden ist.

[3]) Vgl. z. B. Waitz, VG. II. 1³, S. 224, N. 2 u. 4; S. 225, N. 1 u. s. w. Anderwärts erscheinen die Liten auch als Halbhufner, ohne daß sich daraus der geringste Schluß auf ihre Wergeldsproportion zum vollfreien Grundbesizer machen ließe. Wir werden auch sehn, daß der westsächs. Sixhýnde, der doch 5 Hufen besizt, noch Lite ist.

[4]) Vgl. Wiarda, Gesch. u. Auslegung des salisch. Gesezes, 1808, SS. 167—169; Rogge, Gerichtswesen, 1820, SS. 8—10; Gaupp, der jedoch später, wie wir sehn werden, anders gedacht hat, Miscellen, 1830, SS. 59—75, und Das alte Recht der Thüringer u. s. w., 1834, SS. 149—152. Der erste, der die richtige Fährte aufgenommen hat, ist L. v. Löw, Gesch. d. deutsch. Reichsterritorialverfaßg., Heidelberg 1832, 8°, S. 13, N. 35; er konnte aber nicht

Digitized by Google

Wergeld galt noch Grimm für nichts anderes als die Hälfte eines echten Wergeldes; Erwägungen, welche Waitz — a. a. O. — sehr klar dargelegt hat, haben nun aber Pardessus (Loi Salique, SS. 479 ff.) Guérard (Irminon, I. 272), sowie Waitz selbst (a. a. O., SS. 155—161 und VG. III², 124, N. 1, wo speciel vom sächs. Liten die Rede ist) dahin geführt, dem Liten eine Mittelstellung zwischen dem Knecht und dem gemeinfreien Vollbürger anzuweisen, welche ihn zur wirklichen Rechtspersönlichkeit macht, und damit unter die Volksgenoßen einreiht, obwohl er in der That als cliens glebae adscriptus privater Grundherrschaft unterworfen bleibt.[1]) Das lezte entscheidende Wort, daß der Lite wirklicher Volksgenoße[2]) ist, haben die genannten drei Forscher — und auch gewiße andere, die sich ihnen angeschloßen[3]) — allerdings noch nicht ausgesprochen;

---

durchdringen, weil er viel zu wenig aufgeklärt über die Sache, und daher nach entgegengesezter Richtung hin wider zu excentrisch war. Später — 1836 — sagte sich auch v. Savigny (a. a. O., SS. 10—13 u. s. w.), freilich völlig unbeeinflußt durch v. Löw, von der älteren Ansicht los, und erkannte den Liten, im Gegensaz zum „servus", als „Theil der Nation" an. Diese Theorie ist denn auch immer mehr zur Geltung gelangt, so daß ich von den späteren Forschern nur noch Bluntschli (Staats- u. RG., v. Zürich — 1838 — I. 43), v. Richthofen (Zur Lex Saxonum, Berlin 1868, 8°, SS. 275 ff.) und Sohm (nach Waitz, VG. I³, S. 155, N. 2) als Vertreter der älteren Ansicht zu nennen wüßte; Bluntschli und Sohm neigen aber stark zu der neueren Ansicht hinüber.

[1]) v. Richthofen hat ms. Es. Recht, wenn er (Untersuchungen, II. 2, S. 1090 f.) behauptet, der sächs. Lite sei stets colonus gewesen. Wenn dagegen Gierke (an der sofort im Text zu bezeichnenden Stelle) den Liten zunächst der Hausherrlichkeit und nicht der Grundherrlichkeit unterstellt sein läßt, so hat das lediglich seinen Grund in dem Bestreben, den theoretischen Faden des Übergangs aus der reinen Geschlechtsverfaßung in die Territorialität festzuhalten. Mich deucht aber, das wäre — angesichts der Hypothese Gierkes über den Zeitpunkt der Ausbildung des Litenstandes — nicht nöthig gewesen.

[2]) Die Ausführungen von Waitz (a. a. O., S. 163), daß die eigentliche Volksmasse nicht aus Liten bestanden, denen v. Inama (a. a. O., S. 64 f.) unbedingt beigetreten ist, bleiben selbstverständlich durch diese theoretische Construction völlig unberührt. Ob übrigens die Ausführungen wirklich unantastbar sind, möchte ich doch, angesichts der Berichte über den sächs. Stellingerkrieg, bezweifeln.

[3]) v. Maurer, Fronhöfe, I. 18 ff.; Deloche, La trustis et l'antrustion royal u. s. w., Paris 1873, 8°, S. 338 (und öfter); H. Boos, Die Liten u. Aldionen nach den Volksrechten, Göttingen 1874, 8°, S. 54, und endlich Thonissen, Loi Salique u. s. w., 2. Aufl., Brüssel u. Paris, 1882, 8°, SS. 138—145. Unrichtig dagegen scheint mir, daß Waitz (VG. I³ 155, N. 2) Gierke unterscheidungslos hier mit anreiht; derselbe repräsentirt einen erheblichen Fortschritt in der Auffaßung der statsrechtlichen Stellung des Liten, wie ich sofort im Texte zeigen werde. An Gierke würde etwa Usinger (Forschungen z. Lex Saxon., Berlin 1867, 8°,

Digitized by Google

wohl aber haben sie Gierke die Anregung gegeben, es zu thun. Derselbe unterscheidet mit sachgemäßer Systematik im Germanenstate Vollgenoßen und Schuzgenoßen, welche im mundium der ersteren stehn; und unter die leztere Classe verweist er (a. a. O., S. 38 f.) auch die Liten, während er die eigentlichen Knechte davon ausschließt.[1])

Damit ist die Sache in der That aufgeklärt; und ich würde ohne weiteres den grimmschen Saz, wovon wir ausgegangen sind, nunmehr als widerlegt behandeln, wenn wir nicht sehn müßten, daß die Gelehrten selbst, welche für die Zugehörigkeit des Litenstandes zur Volksgenoßenschaft eingetreten sind, doch nach wie vor daran festhalten, daß nicht dieser unterste Stand, sondern der mittlere der Gemeinfreien die eigentliche Basis der Wergeldscala bilde. Z. Thl. mag dabei allerdings jenes Beharrungsvermögen mitwirken, das schon oft falschen Theorien ein unverdient langes Leben verschafft hat; z. Thl. aber sind dabei auch wirklich besondere Gründe maßgebend gewesen. Dieselben finden sich allerdings ms. Ws. nirgends so bestimmt formulirt vorgetragen, wie ich sie jezt darlegen werde; daß sie aber als wirkliche und bewußte Bestimmungsgründe mitgewirkt haben, darüber laßen namentlich die Darstellungen von Gierke und v. Sybel keinen Zweifel.

Bluntschli hat (a. a. O.) die Vermuthung ausgesprochen, der Litenstand sei ein fremdes Pfropfreis, das dem germ. State inoculirt worden, und nicht habe gedeihen wollen; und diese Idee ist, wennschon nicht ohne wesentliche Modification, von der Forschung, insbesondere von den genannten beiden Forschern, adoptirt; und sie hat zum Anschluß an Grimm in unserer Frage bestimmt.

Gestüzt auf die agrarhistorischen Forschungen besonders von Hanssen, deren schon oben gedacht ist, nehmen Gierke, v. Sybel u. a. eine Zeit wirklich statlicher Existenz der Germanen an, worin es

S. 34 f.) anzureihen sein, wenn lezterer es verstanden, das Princip klar zu formuliren.

[1]) Gierkes Systematik bleibt auch der Thatsache gegenüber, daß die königlichen Liten, wie schon Tacitus weis, nicht mehr bloße Schuzgenoßen sind, vollkommen sachgemäß; denn nur innerhalb der Hofverfaßung und durch dieselbe sind sie Vollgenoßen und keine bloßen Schuzgenoßen. Übrigens hat unverkennbar schon v. Savigny der gierkesche Gedanke auf der Zunge geschwebt. Er erklärt (a. a. O., S. 11) den Litenstand für einen „bloß negativen Bestandtheil des ganzen Rechtszustandes der Nation.“ Damit kann nur Gierkes Gedanke ausgedrückt werden sollen; dessen Formulirung ist aber nicht bloß correcter, sondern ms. Es. überhaupt die einzig correcte. Auf Gierke bauet offenbar v. Inama (a. a. O., S. 60 f.). Unter diesen Umständen ist mir aber seine dortige Unterscheidung von 2 Classen Unfreier rein unbegreiflich.

Digitized by Google

zwar Adlige und Liten, aber keinen Adels- und Litenstand, sondern schlechterdings nur einen einzigen Geburtsstand giebt. Für eine solche Zeit gilt ihnen sogar noch diejenige des Tacitus; und in diese Zeit verlegen sie die Ausbildung des Systemes quantitativ fixirter Compositionen, und damit natürlich auch des quantitativ fixirten Wergeldes.[1]) Die Entwicklung dieses Systems ist bereits nach Tacitus, Germ., c. 21, zum Abschluß gelangt[2]); wer also für die Zeit des Tacitus noch die Existenz des adligen und litischen Standes leugnet, der wird kaum umhin können, das Wergeld des Gemeinfreien als eigentlichen Grundstock der Wergeldscala zu betrachten. Er wird allerdings immerhin zu erwägen haben, daß von Tacitus bis zur Aufzeichnung der ältesten germ. Volksrechte noch fast volle 400 Jahre verfloßen sind, in denen dem Volke reichliche Gelegenheit geboten war, sich vollständig an die Vorstellung von den drei Ständen zu gewöhnen; und daß also troz der ursprünglichen Ständeeinheit die Volksrechte möglicher Weise doch vom Dreiständesystem ausgegangen seien, und demgemäß entweder den untersten oder den obersten zum Ausgangspunkte gewählt hätten. Für mich liegt die Frage jedoch wesentlich anders. Ich folgere aus den Berichten des Tacitus über die Königswahl, das Comitatswesen und die Stellung der sogen. Freigelaßenen in den Königreichen, daß schon damals das Dreiständesystem zur vollen Entwicklung gekommen ist; und kann demgemäß in der Thatsache, daß Tacitus schon das System bestimmt fixirter Compositionen kennt, kein Praejudiz für die Entscheidung unserer Frage sehn. Was speciel die Existenz des Litenstandes zu Tacitus Zeit betrifft, so scheint allerdings der Umstand entscheidend dagegen zu sprechen, daß Tacitus den Liten eben einen Freigelaßenen[3]) nennt; denn wir werden sehen, daß keineswegs Freilaßung, sondern Vergewaltigung durch Kriegsgewalt den eigentlichen Stand der Liten erschaffen hat. Indeß durch diese taciteische Bezeichnung möchte ich mich doch nicht von meiner Annahme abdrängen laßen. Die vordringenden Germanen müßen schon vor Tacitus Gelegenheit genug gehabt haben, die Be-

[1]) Über den Übergang aus dem Systeme casuistisch vertragsmäßiger Festsezung des Wergeldes zum Systeme des quantitativ fixirten vgl. Wilda, Strafr. SS. 366—369.

[2]) So auch Soetbeer, „Beiträge z. Gesch. d. Geld- u. Münzwesens in Deutschland,“ in Forschgn. z. deutsch. Gesch., I. 394.

[3]) Daß der libertus oder libertinus, Tacitus, Germ., c. 25, ein Lite ist, darf heute als allgemein anerkannt bezeichnet werden. Früher ist man zweifelhaft darüber gewesen.

Digitized by Google

völkerungen, in deren Gebiet sie einrückten, zu Liten zu machen, und diese dann mit sich fortzuschleppen; und wenn Tacitus trozdem den Liten einen Freigelaßenen nennt, so kann das sehr wohl aus dem doppelten Grunde erklärt werden, daß der Litenstand z. Thl. wirklich aus Freigelaßenen bestand[1], und weil dem Römer zur Bezeichnung des Liten kein anderes Wort wie libertus, libertinus zu Gebote stand. Auf lezteren Umstand namentlich lege ich ein starkes Gewicht.

Ganz anders würde natürlich die Sache liegen, wenn die Hypothese von Gaupp, wonach der german. Litenstand aus german. Laeten auf römischem Gebiet entstanden sein sollte[2], buchstäblich richtig wäre, oder wenn sich eine analoge Art der Entstehung des Litenstandes nachweisen ließe. Indeß beides ist nicht der Fall; und so glaube ich denn mit ebenso viel Recht die Existenz des Litenstandes z. Zt. des Tacitus behaupten zu können, wie sie Gierke, v. Sybel u. s. w. leugnen.

Ich kann meine Auseinandersezung unmöglich abschließen ohne den Nachweis, daß Gierkes Systematik, die dabei unser Hauptwegweiser gewesen, ihre volle quellenmäßige Berechtigung hat. Wir besizen dafür in den allbekannten Worten Nithards, Hist. IV. 2 (Mon. Germ., Script. II. 668): „Quae gens — die Sachsen — omnis in 3 ordinibus divisa consistit: sunt enim inter

---

[1] In diesem Stande gab es jedoch Abstufungen, und ich nehme mit Gierke (Genossenschaftsr. I 88) an, daß der Freigelaßene tiefer steht, wie der volle Lite. Absolute Identität beider nehmen dagegen an v. Savigny (RG. d. [illegible] S. 3 [illegible]) und Waitz (VG. I[2] 154). Lezterer deutet offenbar auch die Bezeichnung [illegible] für identisch erklärt mit Lite. Das ist auch [illegible] richtig, sehr fraglich dagegen ist mir angesichts Sachsensp. III 44 § 3, [illegible] libertus zu verstehen ist, und nicht [illegible] „[illegible]" d. h. in seinem Grundbesiz [illegible] gewissen Verkümmerungen [illegible]. Thonissen sondert a. a. O. S. [illegible] die Freigelaßenen und Liten systematisch. Die regelmäßige Wirkung der Freilaßung ist aber auch nach ihm S. [illegible] Eintritt in den Litenstand.

[2] Gaupp, Die german. Ansiedlungen u. Landtheilungen in den Provinzen d. röm. Westreichs, Breslau 1844 8°. SS. [illegible]. Ein Nachklang von Gaupps Hypothese findet sich noch bei Thonissen, Loi Salique, 2. Aufl. S. 144. Vgl. dagegen [illegible] Gesch. d. Städtewesens, Erlangen 1861, 8°, SS. 46–51 und [illegible] Gesch. d. Stadtverfassung v. Italien, Bd. I Leipzig 1847, 8°, S. [illegible].

[illegible] Hypothese über den Ursprung des Litenstandes hat [illegible] gegen Gaupp Schupfer [illegible] Chioggia [illegible] Sitzungsber. [illegible] S. [illegible] ist nicht nöthig, hier darauf einzugehen.

illos qui edhilingi, sunt qui frilingi, sunt qui lazzi illorum lingua dicuntur" u. s. w.[1]) Das Wort gens steht hier ganz im Sinne der gierkeschen „Volksgenoßenschaft". Das läßt sich mit voller Bestimmtheit aus dem etwas jüngeren Berichte Rudolfs v. Fulda[2]), Translatio Alexandri, c. 1 (Mon. Germ., a. a. O., S. 675 ersehen; denn es ergiebt sich daraus, daß Nithard die vierte Klasse der Knechte übergangen, sie also nicht zur „gens" gerechnet hat.[3]) Oder müßen wir etwa annehmen, Rudolfs Bericht vernichte meine auf Nithard gestüzte Schlußfolgerung? Gewiß nicht. Das eigenthümliche „consistit", was sich gleichmäßig bei Nithard, Hukbald und Rudolf findet, läßt um so sicherer erkennen, daß Nithard nicht weniger dem Rudolf wie dem Hukbald als Quelle gedient hat[4]), als ersterer auch sonst nachweislich ältere Quellen, wie z. B. den Tacitus benuzt hat. Rudolf hat also offenbar nur aus dem in der vorigen Note angedeuteten Grunde von vier differentiae, statt von dreien, gesprochen, und damit den Begriff des Wortes gens sachwidrig verändert. Unzweifelhaft aber hat der Königssohn Nithard ebenso gut gewußt wie der Abt Rudolf, daß die Sachsen auch Knechte gehabt haben; wenn er also bei Aufzählung der Volksstände von diesen schweigt, so kann das nur darin seinen Grund haben, daß er sie nicht zur Volksgenoßenschaft rechnet.

Ich habe schon oben erwähnt, daß bereits v. Richthofen auf den

---

[1]) Vgl. auch Hukbald, V. Leb., (Mon. Germ., a. a. O., S. 361). Nithard ist wohl sicher dort Hukbs. Quelle.

[2]) Nithard hat in den vierziger Jahren des IX. Jhrhs. aufgehört, an seiner Historia zu arbeiten, und ist 858 gestorben. Vgl. Wattenbach, Deutschlands Geschichtsquellen u. s. w., 4 Aufl., Bd. I (Berlin 1877, 8°), S. 173. Abt Rudolf von Fulda, der am 8. März 865 gestorben ist, hat ein Par Jahre vor seinem Tode die Translatio begonnen.

[3]) Daß Rudolf hierin von ihm abweicht, hat seinen Grund darin, daß er gewünscht hat, die Thatsache mitzutheilen, daß die sächs. Stände kein jus connubii mit einander haben. Daran schließt er bekanntlich den Saz: „Si vero quispiam horum sibi non congruentem et genere praestantiorem duxerit uxorem, cum vita sua damnum componat." Seit Adam von Bremen (Gesta Hamburgens. eccles. Pontificum, I. 6 — Mon. Germ., Scriptt. VII. 286) bis v. Savigny (RG. des Adels, S. 8), ja bis heute, (vgl. Waitz, VG., I³. 194), ist das allgemein so verstanden, als ob horum auf den liber und libertus mit ginge; unstreitig läßt sich aber auch das Pronomen auf die zulezt genannten servi allein beziehn; und sobald man ihm solche, durch die übrigen Volksrechte durchaus unterstützte Beziehung giebt, schließt nach Rudolfs Bericht erst recht die eigentliche Volksgenoßenschaft der Sachsen mit den Liten ab.

[4]) v. Savigny nimmt das (a. a. O.) offenbar nicht an; er glaubt aber auch, Nithard und Rudolf hätten fast ganz zu derselben Zeit geschrieben; überdies aber ist ihm auch Hukbalds Entlehnung von Nithard entgangen.

Digitized by Google

formalen Widerspruch von Lex Saxon., c. 14 u. 16 gegen die grimmsche Theorie aufmerksam geworden ist. Dasselbe gilt auch von Usinger (a. a. O., S. 53); beide Gelehrte stimmen auch darin überein, daß das Adelswergeld in der Lex Saxonum die formelle Basis des Wergeldsystems sei. Dem muß jedoch ebenfalls widersprochen werden. Sowohl bei den deutschen Sachsen, wie bei den Angelsachsen in England bildet der Lite im Wergelde und in den sonstigen Ständeverhältnißen die erste Stufe, von der ausgegangen wird. Ueberzeugen wir uns jezt, zunächst aus der Lex Saxonum und dann aus den angelsächs. Rechtsquellen, von der Wahrheit dieser Behauptung. Es wird sich zeigen, daß beider Zeugniß mit überraschender Bestimmtheit dafür spricht.

A. Die ruoda der Lex Saxonum.

Unter den oft so unverständlichen Aussprüchen der germanischen Rechtsquellen ist anerkannter Maßen Lex Sax., c. 14 (Mon. Germ., Legg., V 52 f.) einer der räthselhaftesten. Grade diese Stelle aber ist es, welche für das altsächs. Recht den in der Einleitung verfochtenen Grundsaz ausspricht; und — seltsam genug — grade durch diejenigen Worte dieses Capitels, welche der Interpretation die bedeutendsten Schwierigkeiten gemacht haben, durch den Saz: „Ruoda dicitur apud Saxones 120 solidi."

Die Literatur, welche diese par Worte hervorgerufen haben, reicht hinab bis zum Anfange des XVII. Jhrhs., nämlich bis zu Lindenbrogs Note zu cap. 14 in seiner Ausgabe der Lex Saxonum (Codex legum antiquarum, Francfurt a/M. 1619[1]), fol., SS. 471—78). Indeß es wäre Zeitvergeudung, die dilettantischen Versuche dieses Quellensamlers, Gärtners, Leibnitzens oder des Heineccius, den Saz der Interpretation willig zu machen[2]), einer kritischen Übersicht zu unterwerfen. Wirklich wißenschaftliche Wendung hat die Sache erst durch Jac. Grimm, RA., S. 273[3]), genommen; denn dieser erkannte zuerst die entscheidende Thatsache, daß ruoda Maßruthe, Maßstab bedeute. Die Frage dagegen, weshalb unser Saz ausdrücklich constatirt, daß 120 Schill. eine Ruthe in diesem Sinne

[1]) Nach Costa, Bibliographie d. deutsch. Rechtsgesch. (Braunschweig. 1858. 8°), Nr. 8 (S. 17) sogar schon 1613. Ich habe das Werk nicht zur Hand gehabt.

[2]) Vgl. darüber v. Richthofen, Z. Lex Sax., S. 377 f. u. Mon. Germ., Legg. C. V. S. 53 f., N. 28.

[3]) Darauf und auf Eichhorn, RG. C. I. § 47, N. c, verweist v. Savigny, a. a. O., S. 8, N. 5; er selbst aber hat nichts zur Aufhellung des cap. 14 gethan.

Digitized by Google

seien, hat auch er noch nicht zu beantworten gewußt, und deshalb ebenfalls noch durch unkritische Conjecturen und Emendationen zu helfen gesucht. Selbst von Jac. Grimm können wir daher in diesem Falle absehn; und ebenso von seinen Nachfolgern Wilda, Gaupp, Walter, K. v. Maurer und Stobbe, über die v. Richthofen (z. Lex Sax., SS. 278—80) berichtet, sowie von Usinger (a. a. O., S. 35, N. 3 u. S. 36), die sämtlich über das Emendiren und Conjecturiren, über das Modificiren und Zustuzen von Grimms Interpretations- bez. Emendationsversuch nicht hinausgekommen sind. Diesen — durch den Zustand des überlieferten Textes völlig verbotenen — Weg weiter zu betreten, hat erst v. Richthofen aufgegeben; und er ist es daher auch allein, mit dem wir es zu thun haben.

Kentzler nimmt (Forschgn. z. deutsch. Gesch., XII. 404, N. 2) an, v. Richthofen habe das Räthsel des cap. 14, insbesondere unseres Sazes schon vollständig gelöst; und gleicher Ansicht ist offenbar auch Waitz (VG. I.[3] 211, N. 5); dem vermag ich jedoch nicht zuzustimmen. Nach v. Richthofen (Z. Lex Sax., SS. 380 ff.) müßte unser Saz übersezt werden: 120 Schillinge nennen die Sachsen eine Ruthe Schillinge, (scil. weil der Maßstab Ruthe aus 12 Einheiten — hier zu je 10 Schill. — besteht). Wozu aber diese rein thatsächliche Bemerkung; und wozu namentlich in diesem Zusammenhange? Und, gesezt die Interpretation wäre richtig, weshalb wird fortgefahren: „et in premium 120 sol.“, anstatt sofort eine Anwendung der voraufgeschickten Notiz zu machen, und zu sagen: et in premium ruodam (scil. componat)? Hier ist doch wohl noch nicht alles klar; und zwar deshalb nicht, weil v. Richthofen interpretirt, als ob geschrieben stünde: apud Saxones 120 sol. dicuntur ruoda, während doch mit stärkster Betonung gesagt ist: ruoda dicitur 120 sol. Ganz offenbar soll nicht gesagt werden, daß 120 Schillinge eine Ruthe Schillinge — ein Ding, das es überhaupt schwerlich gegeben — ausmachen, sondern es soll der Rechtsgrundsaz ausgedrückt werden, daß den Sachsen je 120 Schillinge des Wergeldes als Maßstab, ruoda, gelten. Was damit gesagt sein soll, läßt sich auch sehr leicht in solcher Weise aufhellen, daß die Worte einen sehr guten Sinn geben. Genau der Proportion seiner Wergeldruthen entsprechend ist der Volksgenoße günstiger oder ungünstiger beim Eidesbeweise gestellt. Ich verweise deshalb auf v. Richthofens eigne Nachweisungen, Mon. Germ., Legg., V. S. 58, N. 38 u. S. 67 f., N. 93; auf Maurer, Adel, S. 104; 131 bes. N. 2; 177 f., auf die ags. Rechtsaufzeichnung „Be merkiskan âðe“ (Schmid, Anh. VIII, c. 1; S. 400), Siegel, Gerichtsverf., I. 191—93; 277—85.

Digitized by Google

Dieser Sachverhalt erklärt auch, weshalb den Worten „ruoda apud Saxones dicitur 120 solidi" noch die Worte: „et in premium 120 solidos" nachgeschickt sind. Das praemium nämlich ist bloße Zubuße, die auch Sachssp., III. 45 § 1, erwähnt[1]); diese aber soll beim Eidesbeweise nicht mitgezählt werden, wie sie denn auch ausweislich der soeben nachgewiesenen und angezogenen Stellen wirklich nicht mitgezählt wird.

Es ergiebt sich aus der vorstehenden Auseinandersezung von selbst, daß der Edeling der Lex Saxonum der Zwölfruthenmann ist, während der Lite in cap. 16 (Mon. Germ., a. a. O., S. 54 f.) als Einruthenmann erscheint. Der sächs. Gemeinfreie ist z. Zt. der Abfaßung der Lex Saxonum aller Wahrscheinlichkeit nach Zweiruthenmann gewesen. (Vgl. v. Richthofen, Mon. Germ., a. a. O. S. 54, N. 28). Unter allen Umständen aber läßt sich angesichts dieser Thatsachen mit apodikter Gewißheit der Ausspruch wagen: das altsächs. Recht hat den Liten als Fußpunkt der Wergeld- und Ständescala betrachtet.

B. Die angelsächsiche Hŷndrechnung.

In den angelsächs. Gesezen, sowie in einem Diplom König Canuts d. Gr. (Kemble, Cod. dipl., Nr. 731) kommen die Geburtsstandbezeichnungen twŷhŷnde und twelfhŷnde, und in den Gesezen der Westsachsen außerdem noch die Bezeichnung sixhŷnde vor. Diese Nomenclatur ist ebenfalls ein praktischer Ausdruck jener eigenthümlichen Anschauung, welche im Liten die unterste Stufe der Volksgenoßenschaft sieht, und daher in den höheren Stufen eine Vervielfältigung, bez. Potenzirtheit des Litenstandes. Bevor ich jedoch im Stande bin, diese Thesis nachzuweisen, habe ich erst die grammaticale Form des entscheidenden Wortes, das wir lediglich in den angegebenen Zahlenzusammensezungen kennen lernen, zu ermitteln. Von der prosodischen Quantität des y sehe ich dabei zunächst noch ab.

Lappenberg spricht (Gesch. v. England, I. 95) von „sixhyndes men", und ebenso Schmid (a. a. O., Glossar. S. 664) vom twŷhyndes und twelfhyndes man. Ebenso — den beiden vorigen entlehnt —

[1]) Die 12 „güldene pennige" dort sind ms. Es. unser „premium". v. Richthofen nimmt — unrichtiger Weise — an, die späteren sächs. Schöffenbaren seien aus den Edelingen der Lex Sax hervorgegangen, und kommt daher (Z Lex Sax., S. 377) zu einem anderen Ergebniß. — Beiläufig bemerkt, ziehe ich auch in Zweifel, daß jeder Edeling die Zubuße erhält; ich vermuthe vielmehr, daß sie die Auszeichnung des Fürsten, bez. Herzogs ist.

Digitized by Google

bei v. Richthofen, Z. Lex Sax., S. 386, wo zugleich die Behauptung hinzugefügt ist, hynde besage dasselbe wie hyndene. Lezteres muß wohl auch K. v. Maurer angenommen haben; denn nachdem er früher (Adel, S. 133) twŷhyndum man u. s. w. geschrieben, schreibt er jezt (Krit. Überschau, II. 60 — also vor dem Erscheinen der zweiten Auflage von R. Schmids Ausgabe der Gess. d. Ags.) twŷhynden u. s. w. Alle diese Formen sind indeß zu verwerfen. Ich werde zeigen, daß hynden, bez., wie v. Richthofen will, hyndene, ein ganz anderes Wort ist wie unser hŷnd; hyndum aber ist Dativ. Singul. des Adjectivs hynde, wie hyndes sein Genit. Sing.; Wortformen wie hyndum man oder hyndes man sind also grammatical unmöglich. Sofern man sich nicht auf gewiße nichts beweisende Titelüberschriften wegen der Form twŷhyndes man u. s. w. berufen will, entbehren diese Schreibungen auch jeder urkundlichen Grundlage. Die Quellen laßen vielmehr bei sorgfältigem Betracht erkennen, daß unser Wort hynd (hŷnd) gelautet hat, und ein Particip. Praeteriti ist, das auch die besonderen Femininalformen hŷndu, hŷnde besizt.

Aus den ags. Quellen sind die Bezeichnungen twŷhŷnde u. s. w. auch in die normann. übergegangen; indem ich aber jezt die einzelnen Stellen vorführe, welche das Wort bringen, sehe ich von den normannischen ab, und behalte deren Benuzung einer anderen Gelegenheit vor. Demnach kommen vorläufig folgende Stellen in Betracht:

1. Ine, c. 24 § 2 (Schmid, S. 30): sixhŷnde schlechthin ohne Zusaz von man oder mon.

Vielleicht Nominat. Sing., masc. gen.; wahrscheinlich aber Nominat. Plur. desselben Geschlechts. Näheres darüber weiter unten.

2. Ine, c. 70 pr. (Schmid, S. 52): Ät twŷhŷndum were . . ., ät sixhŷndum, . ., ät twelfhŷndum.

Zweifellos Dativ. Singul., masc. gen. Der Nominativ kann nur twŷ- u. s. w. hŷnd oder hŷnde lauten.

3. Alfr., c. 10 (Schmid, S. 76): twelfhŷndes monnes.

Genit. Sing., masc. gen. Der Nominativ kann wider nur twelfhŷnd oder twelfhŷnde lauten.

Ferner: sixhŷndum men. S. Nr. 2.

4. Alfr. 18 § 2 (Schmid, S. 80): sixhŷndu, Variante: sixhŷnde, scil. nunna (Nonne).

Nominativ Singular., fem. gen. Die Masculinform kann nicht anders lauten wie in den bisher besprochenen Fällen.

5. Alfr., c. 18 § 3 (Schmid, S. 82): twelfhŷndu, bez. twelfhŷnde. S. Nr. 4.

Digitized by Google

6. Alfr., c. 29 (Schmid, S. 86): twŷhŷndne mon.
Accusat. Sing., masc. gen. von twŷhŷnd oder twŷhŷnde.

7. Alfr., c. 30 (Schmid, S. 86): sixhŷnde mon.
Nominat., masc. gen. Ob Singular oder Plural, wird sich finden.

8. Alfr., c. 31 pr. (Schmid, ebendas.): twelfhŷnde.
S. Nr. 7.

9. Alfr., c. 39 § 2 (Schmid, S. 92): sixhŷndum und twelfhŷndum men.
S. Nr. 2.

10. Alfr., c. 40 pr. (Schmid, S. 92): twelfhŷndes monnes; sixhŷndes monnes.
S. Nr. 3.

11. Äðlst. VI. 8 § 2 (Schmid, S. 94): ânig mägð, twelfhŷnde oððe twŷhŷnde.
Nominat. Sing., fem. gen. S. Nr. 4.

12. Anh. VII, c. 1 § 1 (Schmid, S. 394): twelfhŷndes mannes; twŷhŷndes mannes.
S. Nr. 3.

13. Ebendas. § 3 u. 4 (Schmid, S. 394): ät twelfhŷndum were.
S. Nr. 2.

14. Ebendas., § 7 (Schmid, S. 396): be twelfhŷndum.
S. Nr. 2.

15. Anh. VIII. 1 (Schmid, S. 400): twelfhŷndes monnes.
S. Nr. 3. twelfhŷndan man. Accusat. Singul., masc. gen. Der Nominativ kann nur lauten twelfhŷnda, abgeschwächt twelfhŷnde.

16. Cod. dipl., Nr. 731: Knût, king, grêt ealle mîne þegnas, twelfhŷnde and twîhŷnde.
Accusat. Plural., masc. gen., der sich platterdings nur von der Form twelf- u. s. w. hŷnd ableiten läßt. Lezteres, um das gleich hier zu sagen, gilt auch von der weibl. Form hŷndu; sie läßt sich ebenfalls nur auf die männl. Form hŷnd zurückführen.

In vorstehender Tabelle haben wir unser Wort 3 Mal unzweifelhaft im Nominativ Sing., nämlich Nr. 4, 5 u. 11. Alle drei Mal ist es femininum; in 3 anderen Fällen dagegen (Nr. 1, 7 u. 8), wo es ebenfalls im Nominativ vorkommt, ist zunächst nur so viel gewiß, daß es als masculinum steht, während wir vorläufig über seinen Numerus im Zweifel bleiben. Kemble, v. Maurer, Schmid, v. Richthofen, ja durchgehends alle Forscher betrachten nun allerdings hynde auch als masculinare Singularform; meine grammaticalen Bemerkungen zu Nr. 16 machen mir jedoch die Zustimmung zu dieser Ansicht zur reinen Unmöglichkeit. Ich kann nur annehmen, daß der masculine Nominativ hŷnde Pluralform ist, welche der multiplicative Zahlen-

vorsaz twŷ, six oder twelf veranlaßt hat. Denn dieser Vorsaz soll zweifellos andeuten, daß der Mann zwei, sechs, zwölf Mal so viel wie ein hŷnd ist, zwei u. s. w. hŷnde ausmache.[1]) Auffallend sind dabei allerdings die singularen männlichen Flectionsformen twŷ- u. s. w. hŷndes, hŷndum, hŷndne; sie erklären sich indeß genügend aus der Annahme, daß man sich im Laufe der Zeit daran gewöhnt hat, die ganze Zusammensezung adjectivisch zu gebrauchen; eine Thatsache, die auch das merkische twelfhŷnda, auf das später zurückzukommen sein wird, recht augenfällig macht.

Ein lezter entscheidender Grund für die Annahme, daß unser Wort hŷnd, und nicht hŷnde, gelautet haben muß, liegt in der bereits angedeuteten Thatsache, daß es eigentlich Particip. Praeteriti ist; denn nach Mor. Heyne (Kurze Laut- u. Flexionslehre d. altgerman. Dialecte, 3. Aufl., Paderborn 1874, 8°, S. 287) kommt das schließende e zwar beim Particip. Praesent., nicht aber beim Particip. Praeteriti vor. Dies lezte Argument kann freilich erst zur Geltung kommen, wenn der Participialcharakter unseres Wortes erwiesen sein wird; es wird jedoch im Hinblick auf die Unanfechtbarkeit des späteren Beweises dieser Thatsache gestattet sein, nunmehr hŷnd als die richtige Form des Wortes zu behandeln.

Welcher der in England vertretenen germanischen Mundarten gehört denn nun aber das Wort hŷnd an? So viel ist zuvörderst gewiß, dem jütischen Dialect der Kenter ist es gänzlich fremd. Die kentische Bezeichnung für twŷhŷnde und twelfhŷnde ist keorl und eorl; und den Liten nennt der Kenter lät. (Aðlb. 26). Erst in den westsächsischen Gesezen Ines, dann Alfreds d. Gr., und endlich Äðelstâns erscheinen jene Bezeichnungen, sowie der Ausdruck sixhŷnde.[2]) Damit erhebt sich anscheinend eine große Schwierigkeit. Wessex ist ein sächsischer Stat; die reine sächs. Mundart besizt aber kein verbum, wovon sich ein Particip. hŷnd ableiten ließe; und was speciel die Litenbezeichnung betrifft, so ist diese in der Lex Saxonum litus, in späteren sächs. Urkunden lito. Außer den westsächs. Gesezen kommt aber twelfhŷnde anfänglich nur noch in der oben unter Nr. 15 aufgeführten, wahrscheinlich aus Äðelstâns Zeit

[1]) In den reinen Zahlenzusammensezungen, welche zu twŷhŷnde u. s. w. die rein arithmetische Analogie bilden: twen-tig, six-tig, twelf-tig, ist dagegen das tig (10) nicht in die Pluralform gesezt, wohl aber wird es sonst gleich unserm hŷnd flectirt: twentiges, twentigum. Niemals aber verändert es sein Genus gleich unserem hŷnd.

[2]) Anhg. VII, cap. 1 — nach Schmid, Einltg., S. LXV, aus d. Zt. Edwards d. älter., Alfreds d. Gr. Sohn — ist wohl auch westsächs. Ursprungs.

Digitized by Google

stammenden[1]) Rechtsaufzeichnung merkischen, also anglischen Ursprungs vor. Entweder haben also die merkischen Angeln das Wort von den Wessexern entlehnt, oder umgekehrt. Ich bin indeß der festen Überzeugung, daß nicht der leztere Fall vorliegt, sondern der erstere. Der Stat Wessex war ja allerdings, wie schon der Name sagt, sächsisch; aber die Bevölkerung kann unmöglich rein sächsisch gewesen sein. Ausweislich der Geseze Ines und Alfreds d. Gr. hat sich in Wessex jene Mundart ausgebildet, worin das Beówulflied gedichtet ist, und den wir den angelsächsischen nennen. Im Beówulf[2]) findet sich auch wirklich das verbum, wovon das Particip. hŷnd abstammt. Wessex wurde später der dominirende Stat; von dort aus ist der Einheitsstat gegründet, der zu Äðelstâns Zeit (924, od. 925—940) bereits bestand. Da nun aber der merkische twelfhŷnde in Anh. VIII dem westsächs. Ines um mehrere Jahrhunderte nachhinkt, so bin ich um so mehr überzeugt, daß die Merkier die Bezeichnung erst von den Westsachsen übernommen haben, als eben jene Rechtsaufzeichnung, wie bemerkt, aller Wahrscheinlichkeit nach erst aus Äðelstâns Zeit stammt. Dafür spricht auch die höchst befremdliche merkische Wortform twelfhŷnda, aus der man fast gänzlichen Verständnißmangel schließen sollte. Mit der westsächs. Herrschaft wird sich die Nomenclatur aber auch sonst über die germanischen Staten in England ausgebreitet haben, so daß sie von den Normannen, ja, wie uns oben Nr. 16 gelehrt hat, schon von den Dänen, als allgemein englische behandelt ist.

Wenden wir uns nun zur eigentlichen Etymologie.

Spelman sagt (Glossar. archaeologic. u. s. w., s. v. twyhindus): „Saxon. twyhyndenman (!), a twŷ, i. e. duo, et hynd vel hund, i. e. centum. Ita sixhyndus et twelfhyndus.“ Diese Etymologie hat sich bis auf den heutigen Tag unangefochten erhalten. (Vgl. v. Maurer, Krit. Überschau, II, 60, und Leo, Glossar S. 597, Z. 67 ff.);[3]) und im wesentlichen ist man auch über Spelmans Begründung heute

---

[1]) Vgl. Schmid, Einleitg., S. LXVI.

[2]) Nach Leo (Beôwulf u. s. w., Halle 1839, 8°, S. 19) muß das Lied zuerst etwa 580 unter den Angeln in Jütland entstanden, dann aber nach England übergeführt und dort überarbeitet sein.

[3]) Abgesehn von Bosworth (Compendious anglosaxon a. engl. Dictionary, London 1855, 8°) hat sich die neuere, eigentlich berufsmäßige Sprachforschung mit den Zusammensezungen twŷ- u. s. w. hŷnde noch gar nicht befaßt, weil sie eben ausschließlich der Rechtssprache angehören, Groschopp z. B. hat sie deshalb in seinem Klein. ags. Wörtrb. (zu Grein) gar nicht berücksichtigt. Mor. Heyne aber erwähnt in dem Abschnitt über die Zahlwörter (a. a. O., S. 317 ff.) keine Sylbe von einem Simplex hynde oder den Compositis twŷ- u. s. w. hŷnde!

Digitized by Google

noch nicht hinausgekommen. So z. B. urgirt v. Richthofen (Z. Lex. Sax., S. 386 f., N. 1) hauptsächlich die Thatsache, daß Anh. VII. 1, 1 (Nr. 12) dem twelfhŷnde man ein Wergeld von 1200 Schill., dem twŷh. von 200 Schill. zugesprochen wird, sowie daß Anh. VIII. 3, 1 (Nr. 15) dem þegn, also — wie er wohl etwas zu vorschnell annimmt — dem twelfhŷnde m., ebenfalls wider ein Wergeld von 1200 Schill. beigelegt, der keorl, also der unzweifelhafte twŷhŷnde, dagegen mit 200 Schill. angesezt ist. Diese Schlußfolgerung überspringt jedoch mehrere sehr erhebliche Fragen in nicht grade kritischer Weise. Zunächst: wie kann aus dem Zahlwort hund ein Adjectiv. hynde, bez. hynden entstehn? Wie sind wir berechtigt, auf Grund eines bestechlichen Anzeichens ohne weiteres eine so schwer zu erklärende Thatsache als ausgemacht zu behandeln? Eine Frage von doppeltem Schwergewicht; denn einmal sind wir nicht im Stande, irgend ein Analogon zu diesem angeblichen Zahladjectiv, sei es in der Rechtssprache der Angelsachsen, sei es in ihrer sonstigen Literatur, nachzuweisen; und auch in den übrigen german. Dialecten findet sich nicht nur kein Analogon, sondern die Worte twŷ - u. s. w. hŷnde kehren in ihnen auch nirgends wider. Noch viel erheblicher aber ist, daß wir ein ags. Adject. hynde als Compositum kennen, das mit dem Zahlwort hund gar nichts zu schaffen hat, sondern mit dem Substant. hand zusammenhängt.[1]) Ich verweise deshalb auf Leo (a. a. O., S. 637, Z. 39, spär-hynde = parcus).[2]) Endlich möchte ich aber auch fragen, ob sich denn die Bezeichnung twŷ- u. s. w. hŷnde schlechterdings nur aus der Wergeldscala erklären läßt? Mit Sicherheit dürfen wir doch wohl annehmen, daß z. Zt. Alfreds d. Gr. die höchsten Würdenträger der Krone nicht mehr bloß durch das alte Adelswergeld ausgezeichnet waren, sondern daß damals bereits innerhalb der höchsten Stände ein mindestens annähernd so complicirtes Wergeldsystem geherrscht hat, wie dasjenige ist, was uns die norfolker (ostanglische) Rechtsaufzeichnung Be Norðleóda lage (Anh. VII, Nr. 2, Schmid, S. 396) überliefert.

Bosworth giebt allerdings (a. a. O.) die Erklärung: „sixhynde man, one whose wêr, or fine for life was 600 s." u. s. w.; dazu ist er aber offenbar nur gekommen, weil er die hergebrachte Meinung ohne weiteres adoptirt hat. Dem Substantiv hynden gegenüber hat er sich ganz ähnlich verhalten.

[1]) Die Zahl hund = 10 mag allerdings mit den 10 Fingern der beiden Hände in irgend welchem Zusammenhange stehn; darauf aber kommt hier nichts an.

[2]) Bosworth definirt (a. a. O.) das Adject. hynde durch „of the class, hynden," d. h. of the hynden. Belege liefert er dafür nicht; die Definition ist also offenbar bloße Abstraction; und zwar, wie spärhynde beweist, eine falsche.

Digitized by Google

Nichtsdestoweniger theilen Alfreds Geseze genau ebenso wie diejenigen Ines die freien Vollbürger in die beiden großen Classen twŷhŷnde und twelfhŷnde ein. Wie hätte sich eine solche Eintheilung halten können, sofern sie ausschließlich auf das Wergeld basirt gewesen wäre? Aber die Unterscheidung behielt troz aller Neuerungen im Wergeldsystem immer noch ihre scharfe Berechtigung im Eidesrecht. Wie Anh. VIII. 1 zeigt, wog der Eid des Adligen noch immer 6 Keorleide auf; aber er wog auch nicht mehr auf, gleichviel, ob der Betreffende twelfhŷnde auch im Wergeld einfacher oder gesteigerter twelfhŷnde war. Ex analogia werden wir auch annehmen dürfen, daß — abgesehn vom Sixhŷnde — der Eid des Keorl stets zwei Liteneide aufgewogen hat, gleichviel, ob der Lite im Wergeldsystem einfacher hŷnd war, oder ein niedereres oder höheres Wergeld hatte, wie dieser.

Angesichts der vorstehend dargelegten negativen und positiven Thatsachen bin ich der Meinung, die von Spelman angegebene Richtung ist bei der Erforschung des etymologischen Grundbegriffs von hŷnd ganz aufzugeben; es sei denn, die heutigen Vertreter seiner Ansicht hätten doch noch andere, wirklich zwingende Argumente vorzubringen. Andere Argumente bringen sie allerdings noch vor; aber auch zwingende? Gradeaus gesagt, sie sind noch viel kraftloser, wie das bisher besprochene, das wenigstens auf den ersten Blick noch etwas Bestechliches hat.

Ich halte mich zunächst deshalb wider an v. Richthofen. Er stellt (Z. Lex Sax., S. 386, N. 1) noch die Behauptung auf, Schmid weise, Glossar, S. 653, s. v. sixh., urkundlich nach, daß das Wort sexcentenarius, sexcentenus bedeute. Das ist jedoch bloßes Misverständniß. In keiner einzigen alten Urkunde findet sich das Wort so übersezt, sondern Schmid selbst ist der Übersezer. Ferner behauptet v. Richthofen (S. 386 i. Texte), Schmid habe (a. a. O., S. 615, s. v. hynden) dargethan, daß der Ausdruck hynde oder hyndene hundreda, centena bedeute. Schmid spricht indeß dort gar nicht von hynde, sondern lediglich vom feminin. hynden, hyndene; ferner aber — und das ist die Hauptsache — behauptet Schmid gar nicht bestimmt, daß das Wort centena bedeute, sondern er sagt nur: „Vielleicht ist hynden mit hundred“, d. h. centena, „gleichbedeutend.“ [1]) Zudem weist sich diese Conjectur, die übrigens auch nur

[1]) S. 47, Note zu Ine, c. 54 pr., sagt Schmid dann noch: „hynden . . . hängt sprachlich mit hund zusammen, und wird daher von einigen“ — nämlich Kemble, Saxons, I. 244 (in der Übersezg. v. Brandes, I. 200 f.), sowie Marquardsen, Haft und Bürgschaft bei den Ags., Erlangen 1852, 8°, S. 38 f., Note, denen sich Waitz, VG., 1[a], 466, N. 5, und ganz neuerdings Ch. Gross, Gilda mercatoria,

Digitized by Google

ein Adoptivkind Schmids ist, bei genauem Betracht als völlig unhaltbar aus. Die erste Stelle, wo wir das Wort kennen lernen, Ine, c. 54 pr. (Schmid, S. 46) widerspricht ihr unerbittlich. Es heißt dort: „Se þe bîð wêr-fähðe betogen, and he onsakan wille þäs sleges mid âðe, þonne skeal beôn on þäre hyndenne ân kyning-âde be 30 hîda“ u. s. w. Das Verständniß der überaus schwierigen Stelle, die auch die Vetus Versio vollkommen verfehlt hat, hängt von folgenden Specialkenntnißen ab. Die westsächs. Gesezgebung normirt verschiedene Fälle, in denen die Wirkung des Reinigungseides nicht schlechthin von der Zahl der ebenbürtigen Eideshelfer abhängig gemacht ist, sondern zugleich davon, daß die Gesamtzahl der Schwörenden, den eigentlichen Beschuldigten einbegriffen, durch ihr Vermögen ein bestimmtes Maß von Landbesiz, bez. Hufen (Hausstände?) repräsentirt. (Vgl. Ine, c. 14, Schmid, S. 26; c. 46 pr., Schmid, S. 42; Alfr., c. 11 § 4, Schmid, S. 78).[1]) Unsere Stelle gehört ebenfalls zu diesen Gesezen; sie aber verlangt nicht einfach, daß der sich Reinigende mit seinen Helfern zusammen das bestimmte Maß von 30 Hufen repräsentire, sondern „on þäre hyndenne“ soll dasselbe vertreten sein.[2]) So lange das alte, von Wilda, Marquardsen, Waitz u. a. verscheuchte Gespenst der Gesamtbürgschaft noch gespukt hat, war es allerdings möglich, diese Hynden als Hundertschaft oder gesamtbürgschaftliche Zehntschaft zu nehmen, obwohl schon damals hätte stuzig machen müßen, daß die V. Versio unser hynden durch das abstracte „societas“ widergiebt in Aðelst. VI. 3 u. 8 § 1, sich aber gar damit begnügt, das Wort einfach zu latinisiren. Aber was will man heute noch mit solchen Vorstellungen an

Göttingen 1882, 8°, S. 12 f., angeschloßen haben — „für Hundertschaft erklärt, während andere“ — nämlich Thorpe (Ancient Laws, Glossary, s. v. hynden), Leo (Rectitudines singular. personar. u. s. w., Halle 1842, 8°, S. 176) und Bosworth (a. a. O., S. 148) „. . die hynden vielmehr für eine Zehntschaft halten.“

Betreffs Ch. Gross muß übrigens ausdrücklich hervorgehoben werden, daß er sich bei der Deutung des Wortes hynden gar nicht um die sofort zu besprechende entscheidende Stelle gekümmert hat, an die sich Schmids vorstehende Note anschließt. Seine Meinung hat daher im vorliegenden Falle wenig Gewicht. Bosworth hat diese Stelle dagegen ganz offenbar berücksichtigt, und kommt deshalb zu folgender doppelten (!) Erklärung: an association of 10 men; a society, company, class.“

[1]) Aber auch bei diesem System ist das Vorrecht des Zwölfhŷnde gewahrt. Vgl. Ine, c. 19 (Schmid, S. 28), wo der Ton nicht auf geneât liegt, sondern auf twelf hund skill. wêre, so daß die Vorschrift allen Zwölfhŷnde zugute kommt.

[2]) Der Beschuldigte, auf dessen Seite die Erfüllung dieser Bedingung nicht gegeben war, war vom Reinigungsbeweise ausgeschloßen, und mußte — grade wie die in § 2 bezeichneten Personenclassen — den Belastungsbeweis über sich ergehn laßen.

Digitized by Google

solchem Orte? Mir scheint unsere hynden muß von dem verb. hendan abgeleitet werden; es ist ein Synonymon des feminini gehenenis, propinquitas (Leo, Glossar, S. 189, Z. 7), so daß das Gesez jeden von dem darin behandelten Reinigungseide ausschließt, der mit seiner mägð, in verwandtschaftlichem Sinne, zusammen nicht mindestens 30 Hufen Landes vertritt. Zu eben dieser Auffaßung des Wortes hynden zwingt auch cap. 54 § 1, wie wir nachher sehn werden. Eine sehr starke Erschwerung des Verständnißes unserer Stelle verursacht endlich noch der Ausdruck kyning-âde. Die Vetus Versio thut so, als ob kyning-âð, Königseid, stünde; und Schmid ist ihr gefolgt. Indeß das geht nicht an, giebt auch keinen Sinn. Unser âde,[1]) ein mascul. oder neutr., kann nichts anderes sein, wie ein verschriebenes êd, masc., securitas, (safety, security, Bosw., a. a. O., S. 76); davon êdor, êder, Hecke, Zaun; und kyning-âde oder êd muß die Sicherheit, den Frieden bedeuten, welchen der König dem Gereinigten wirkt. Dazu passt auch ganz genau, daß die Anklage, von der der Mann sich reinigt, auf wêr-fähð, femin., d. h. auf Manneskampf, nicht, wie die Vetus Versio und Schmid wollen, auf homicidium schlechthin, geht. Das onsakan þäs sleges ist im Sinne des langob. Gesezes Liutpr. 20 (Mon. Germ., Legg. IV. 117) zu verstehn; der Angeklagte beschwört, daß er die Tötung in der Nothwehr begangen, weil ihn der Getötete kämpflich angegriffen habe. Damit löst er sich aus der Fehde der verlezten mägð; und deshalb eben wirkt ihm der König den Frieden, wird ihm und seiner mägð „ân kyning-êd" der klagenden mägð gegenüber ertheilt. Demnach überseze ich: Wird jemand der Tötung im Zweikampfe beschuldigt, und will sich von der Schuld der Tötung reinigen, dann soll die Hynden, d. h. er und seine mägð, die verpflichtet sein würde, ihm Beistand zu leisten, sofern er sich der Blutrache ausgesezt sähe, unter dem Schuze eines[2]) Königsfriedens stehn, wenn sie einen Grundbesiz von 30 Hufen repräsentirt.[3])

Die Richtigkeit der vorstehend entwickelten Auffaßung von hynden beweist auch § 1 unseres Gesezes, der noch schwieriger zu verstehn ist, wie dieser erste Absaz, und der daher auch bei den Übersezern, einschließlich der Vetus Versio, noch schlechter gefahren ist, wie der erste Absaz. § 1 besagt: Kommt es zur Blut-

[1]) Die Variante „âðe" wird von Schmid mit Recht verworfen.

[2]) ân ist hier unbest. Artikel.

[3]) Als selbstverständlich ist vorausgesezt, daß sonst die formalen Bedingungen des Reinigungsverfahrens ebenfalls erfüllt sind. — Der hier ausgelaßene Schlußsaz ist ms. Es. zu verstehn: Gleichviel, ob der Getötete gesîð c. m., oder keorl gewesen, oder welchem Stande er sonst angehört hat.

Digitized by Google

rache[1]), dann muß[2]) er — scil. der im Proöm. als Beschuldigter gedacht ist — in jeder der beiden Hynden-, (d. h. der beiden sich befehdenden Familienverbände) Mann, (d. h. dessen Wergeld), Harnisch und Schwert — scil. eines jeden der in den Fehdekämpfen erschlagen wird — außer dem Wergelde (on þät wêrgild) — scil. des bei der ersten Wêr-fähð Erschlagenen — bezahlen, sofern er schuldig ist (gif he þyrfe, scil. þät wêrgild gesellan); d. h. sofern er bei der ersten, die ganze Fehde veranlaßenden Wêr-fähð nicht bloß sich seiner Haut gewehrt hat, sondern der Angreifer gewesen ist. Der Paragraph bezweckt offenbar, der Fehdesucht mittelbar Schwierigkeiten zu bereiten, und dadurch dem Reinigungsverfahren, wovon der vorige Saz gesprochen, möglichsten Vorschub zu leisten.

In den beiden anderen, schon oben bezeichneten Stellen, wo das Wort noch ein Mal, und zwar zum lezten Male, vorkommt, in Aðlst. VI. 3 und 8 § 1 (Schmid, S. 160 u. S. 164) steht es wesentlich in demselben Sinne wie bei Ine; es bedeutet dort Hilfsgenoßenschaft, und hat begrifflich gar nichts mit Hundertschaft oder Zehntschaft zu thun. Die entgegengesezte Ansicht ist nur dadurch entstanden, daß der große Hilfsverband der londoner Gilde[3]) in einzelne Zehntschaften abgetheilt ist, von denen eine jede als Hynden, d. h. Brüderschaft, für sich behandelt wird. Eben diese Thatsache ist auch der einzige einigermaßen plausible Grund für die Annahme, daß hynden die bezeichneten Zahlbegriffe enthalte.

Aðlst. VI. 3 besagt: Wir haben beschloßen, je 10 Mann zusammenzuthun, und ein Obmann unter ihnen führe das Regiment über[4]) die übrigen Neun, so daß sie alles das leisten, was die

[1]) Anstatt zum Reinigungsverfahren. Gilt steht hier = gildað, wie schon die V. Vers. angenommen, die nur darin irrt, daß sie gildan hier nicht als ulcisci, sondern als emendare auffaßt. Schmids abweichende Erklärung in der Note zu § 1 (S 48 f.) scheint mir völlig unmöglich.

[2]) Das verb. môt kann hier schlechterdings nichts anderes wie debet bedeuten.

[3]) Kemble hat (Saxons, I. 254) dem in Rede stehenden Institut den Charakter Gilde abgesprochen, und wesentlich aus denselben Gründen thut es jezt auch wider Gross (Gilda merc., S. 11). Ich bin dagegen der Meinung, daß Wilda (Gildewesen S. 44) und Marquardsen (Haft u. B., S. 42) ganz Recht haben, ihm diesen Charakter zu vindiciren. Kembles und Gross's Argumentation würde mich weit mehr bestimmen, wenn wir klarer erkennen könnten, daß die alten Gilden den publicist. Charakter der späteren nicht haben.

[4]) bewiste u. s. w. Schmid (Note zu c. 3) bestreitet ms. Es. mit Unrecht, daß das verb. hier in seiner gewöhnlichen Bedeutung von praeesse, custodire stehe.

Digitized by Google

Gesamtheit der Gilde beschloßen hat.[1]) Und ferner haben wir beschloßen, die Hynden dieser Obmänner[2]) mit einem Hyndenmanne zusammenzuthun[3]), welcher von den Zehntschaften die Beiträge zur allgemeinen Gildecasse einfordere. Und diese Elf sollen das Vermögen der Hynden, d. h. der einzelnen Zehntschaft, verwahren u. s. w.

Meiner Auffaßung nach wird hier die einzelne Zehntschaft hynden genannt; und zwar nicht, weil es eben eine Zehntschaft ist, sondern weil sie eine engere Brüderschaft mit eigener Hilfscasse bildet.

Aðlst. VI. 8 § 1 überseze ich: Alle Monat findet wo möglich, wenn es die Zeit erlaubt, eine Versamlung der Hyndenmänner und und der Zehntschaftsobmänner statt; . . . und diese nehmen Kenntniß davon, was auf Grund unseres Statuts geleistet ist. Und die Zwölfe sollen dann gemeinschaftliche Mahlzeit halten[4]) u. s. w.

Daß diese Stelle nichts an dem Ergebniß ändert, wozu uns cap. 3 geführt hat, bedarf keiner Auseinandersezung.

Damit sind alle Argumente, womit man die spelmansche Erklärung von twŷ- u. s. w. hŷnde hat decken wollen, erschöpft. Allerdings hat Kemble (Sachsen, übers. v. B., I. 91 f.) unter den Ackermaßen noch eins zu entdecken vermeint, was immerhin die spelmansche Erklärung unterstüzen würde; indeß die vermeintliche Entdeckung ist nichts als Täuschung; eine Thatsache, die auch

---

[1]) Die Worte scheinen sich auf das vorliegende Gesez zu beziehn.

[2]) þa hindena (Accusat. Plur.) heora. Das lezt. Pronomen ist durch das voraufgegangene yldesta zu erklären.

[3]) Der Hyndenmann ist offenbar nicht Mitglied der einzelnen Zehntschaft oder Hynden, sondern oberster Bezirksbeamter. Wie ich aus den Mittheilungen von Gross (a. a. O., S. 23) vermuthe, haben nämlich noch andere Stäte dem Gildeverbande angehört, die dann wohl jede ihren eigenen Hyndenmann gehabt haben, der mit den einzelnen Hynden Sizung hält. Völlig willkürlich ist die Behauptung von Gross (a. a. O., S. 13), der Hyndenmann sei der Vorsteher von 10 Zehntschaften. Vgl. auch die folgende Note.

[4]) Es ist rein unmöglich, diese Zwölf mit den Zehntschaftsältesten und Hyndenmännern zu identificiren, wie noch Gross (S. 13) thut. Die Zahl dieser Leute kann unmöglich so gering gewesen sein, oder gar sich nur auf 11 belaufen haben, d. h. auf 10 Zehntschaftsälteste und den (!) Hyndenmann (!), wie Gross u. a., der unwidersprechlich deutlichen XII unseres Paragraphen zum Troz behaupten. Ich vermuthe, daß die 12 yldestan þegnas (Edg. IV. 4 §§ 5 u. 6 u. s. w.; vgl. Gross, SS. 93; 43; 61; 67, N. 2) nicht nur aus den vornehmsten Gildemitgliedern hervorgegangen sind, sondern ganz speciel auch zu den Leuten gehört haben, von deren Versamlung hier die Rede ist; und demgemäß möchte ich die Hypothese wagen, daß mit unseren räthselhaften Zwölf eben jene 12 yldest. þegnas gemeint sind.

Digitized by Google

bereits von K. v. Maurer (Krit. Überschau, II. 60)[1]), constatirt ist. Da jedoch Leo dadurch nicht abgehalten ist (Glossar, S. 597, Z. 63 ff.), den angeblichen Fund der Sprachforschung auszuhändigen, so wird es gestattet sein, die Gabe mit einer kurzen Bemerkung widerholt zurückzuweisen.

Das Wort, auf das Kemble sich stüzt, wird in der betreffenden Urkunde „hint" geschrieben; daraus macht er mit unerlaubter Willkür „hind"; bei Leo wird aber sogar ohne weitere Umstände ein „hynd" daraus! Die ganze Entdeckung stüzt sich überhaupt nur auf folgenden Passus eines Diploms von 967 (Kemble, Cod. dipl., Nr. 538), wo ein Bischof übereignet: „seô þridde hint at dydingkôtan, þät is se þridde äker." Das übersezt Kemble: „Die dritte Hind (!) zu Didcot, d. h. der dritte Acker." Daß se þridde äker so viel besagt, wie der dritte Theil der zur Dydingkôte gehörigen Feldflur, ist Kemble (S. 92) nicht entgangen; nichtsdestoweniger erklärt er jedoch hint ohne weiteres für ein Zehntel, und gelangt so zu dem unlösbaren Räthsel, daß der Bischof drei Zehntel als $^1/_3$ veräußere! Meiner Auffaßung nach handelt es sich dagegen um die Veräußerung von $^1/_3$ Kossatenrecht von Dydingkôte; seô þridde kôte, þät is se þridde äker, wird vergeben. Zugleich wird aber die Veräußerung noch modificirt durch den Zusaz „hint ät Dydingkôtan". Das sonst nicht vorkommende Wort hint ist muthmaßlich das Adverb. hinder. Dann wäre zu verstehn, daß der Besizer von Dydingkôte, der Veräußerung ungeachtet, in seinem Ackerbesiz vollständig arrondirt bleiben, der Erwerber somit ganz auf die sogen. Außenfelder angewiesen werden solle. Höchst wahrscheinlich sagt das hint ät Dydingkôtan zugleich auch implicite, der Erwerber solle das Land ohne Behausung, kôte i. e. S., erhalten. Mag sich das alles aber auch noch ganz anders verhalten; genug, die in Rede stehende Urkundenstelle kann hier durchaus nicht in Betracht kommen.

Suchen wir nun, der eigentlichen Etymologie unseres hŷnd auf den Grund zu kommen. Ich behaupte, das Etymon tritt uns in folgender Stelle des Beówulf (v. 2317 ff.) entgegen:

„Wäs þäs wyrmes wîg wîde gesŷne,
nearo fâges nîd neân and ferran,
hû se guð-skeâða Geâta-leóde
hâtode and hŷnde."

---

[1]) Waitz läßt bei der Besprechung von Kembles Saxons (G. G. A., Jahrgang 1856. Bd. II. S. 889 f.) hier grade den Punkt unberührt, der uns allein interessirt. Bosworth weis nichts von dem hier in Rede stehenden hint, hind.

Digitized by Google

Es war des Lindwurms Krieg weit sichtbar, des in Nähe und Ferne Bedrängniß bringenden Feindes, wie der Kampfräuber das Jütenvolk haßte und feindlich bedrückte.[1]) Im Beówulfliede kommt das verb. hŷnan, dessen Particip. Praeterit. hŷnd lautet, sonst nicht vor; wohl aber findet es sich noch zwei Mal in einem Gedichte des XI. oder XII. Jahrhunderts, „Byrhtnoths Fall", das Wülcker in seine Sammlung kleiner ags. Dichtungen (Halle 1882 kl. 4°, SS. 55 ff.) aufgenommen hat. Dort heißt es zunächst v. 179 f.:

„ik eom frymde tô þe,
þät hi hell-skeàðan hŷnan ne mòton."

J am praying to thee, that hell-shadows (devils) dare don't suppress her; und ferner v. 323 f.:

„swâ he on þam folke fyrmest eode
heow and hŷnde, ôð þät he on hilde gekrank."

Wie er — Byrhtn. — als der vorderste im Heere einherschritt, einhieb und niederwarf, bis daß er im Kampfe fiel.

Es springt in die Augen, daß der Dichter des Beówulfliedes den Lindwurm, den später Beówulf siegreich in einem für ihn selbst ebenfalls todbringenden Zweikampfe besteht, sich als feindlichen Heerführer vorgestellt hat, und ihn dem entsprechend in Beówulfs Lande wüthen läßt. Eben daher das „hŷnde" in der ausgehobenen Stelle des Beówulf, das auch in der zweiten Stelle des Byrhtnothliedes auf die kriegerische Niederwerfung, bez. Unterwerfung angewandt ist. Daß damit jedoch keineswegs ein bloß physisches Niederschmettern, sondern zugleich ein Act herrschaftlicher Unterwerfung gemeint ist, zeigt recht klar die erste Stelle aus Byrhtns. Fall. Dort betet Byrhtnoth zu Gott, er möge nicht gestatten, daß die Höllenteufel Herren seiner Seele würden; und dies Herr werden, dies unterjochen, bezeichnet er kurz als „hŷnan".

Das Particip. Praeteriti dieses Zeitworts passt unbestreitbar im german., bez. sächsischen und angelsächs. Sinne ganz vorzüglich zur abstracten Bezeichnung des Liten. Denn daß wirklich das kriegerische hŷnan den Litenstand bei den Sachsen erschaffen hat, läßt sich grade für diesen Volksstamm mit so großer Sicherheit urkundlich feststellen, wie für keinen andern. Von den Sachsen bezeugen Rudolf von Fulda, Wittekind von Corvey, die Annales Quedlinburgenses, Eike v. Repgow und Albert von Stade, daß Kriegszwang die litische Abhängigkeit wie

---

[1]) Vgl. Greins Übersezung, 2. Aufl., Cassel 1883, 8°, S. 67.

Digitized by Google

die volle Knechtschaft erzeugt habe.[1]) Daß die Sache bei den Angelsachsen sich nicht anders verhalten, beweist schon ihre nationale Bezeichnung des Liten als „Wälen“; eine Thatsache, von der später zu reden sein wird. Endlich möchte ich hier auch noch auf die analogen Verhältniße der Langobarden, also einer den Sachsen und Angelsachsen nahe verwandten Völkerschaft, hinweisen.

Sie haben eine abstracte Bezeichnung des Liten, die mir dem ags. hŷnd aufs genauste zu entsprechen scheint, nämlich das Wort „haldius.“[2])

Der etymologischen Erklärung dieses Wortes hat der Umstand die bedeutendsten Schwierigkeiten bereitet, daß die Schreibart haldius erst durch Bluhme (in seiner Ausgabe der Leges Langobardor. (Mon. Germ., Legg., IV) wider ans Licht gezogen ist, während man früher, und außer Bluhme selbst noch heute, allgemein schrieb und schreibt „aldius.“[3])

Diese Schreibweise ist indeß zuverlässig falsch, und die von Bluhme und mir adoptirte die allein richtige. Im VIII. Jahrhundert sind die Langobarden allerdings schon sehr willkürlich mit

---

[1]) Vgl. die betreffenden Stellen bei v. Richthofen (Z. Lex Sax., S. 402 f.) Daß die genannten Quellen in Abhängigkeit von einander stehn, ist unverkennbar, schadet aber der Glaubwürdigkeit ihres Berichts nicht.

[2]) Über die Thatsache, daß dies Wort den Liten bezeichnet, ist man h. z. T. einig. Schon v. Savigny (RG. d. Adels, S. 20) behandelt sie als zweifellos, und liefert (ebendas., N. 3) überdies den urkundlichen Beweis dafür. Sein dortiges Citat stüzt sich auf Heineccius, Corp. jur. Germanici, S. 1155, wo die betreffende Stelle fälschlich als c. 83 des Capitulars vom März (bei H. fälschlich vom Mai) 779 (Boretius, Capitularia, S. 47) bezeichnet, und auch der Text höchst incorrect widergegeben ist. Richtig muß es heißen Capit. Ticinense, a. 801, c. 6. (Mon. Germ., Legg., I. 84. Boretius hat das Capitulare nicht wider in seine Ausgabe aufgenommen.) Vgl. ferner Hegel, a. a. O., SS. 397—399 Ich bemerke hier noch ausdrücklich, daß in Rotharis und Liutprants Gesezen die Schreibart haldius, und nicht aldius, durchaus constant ist.

[3]) Von Wendelins dilettantischem Erklärungsversuch (Leges Salicae illustratae, Antwerpen 1649, Glossae, s. v. alodium), dessen Jac. Grimm (RA., S. 310, n. 1) gedenkt, sehe ich dabei ganz ab; aber Grimm selbst ist dadurch (a. a. O., S. 309 f.) auf Abwege gelenkt, so daß seine Propositionen in diesem Falle ganz unbrauchbar sind. Nur in dem einen Punkte muß ihm unbedingt beigetreten werden, daß das Wort nicht mit unserm Adject. „alt“ zusammenhängt. Gaupp (Ansiedlgn., SS. 498—501) hat sich freilich durch diesen Ausspruch nicht abhalten laßen, aldius für „antiquus“, alt, zu erklären, und das Wort auf diese Weise in den Dienst seiner Hypothese vom „lätischen“ Ursprunge der Liten zu nehmen; aber seine desfallsigen Deductionen sind völlig kritikwidrig. Auch die von ihm herbeigezogene Stelle Cassiodor., Var., V. 14, hat nicht das Geringste hier zu thun.

Digitized by Google

dem h am Anfange der Worte umgesprungen, haben es gesezt, wo es nicht hingehörte, und ausgelaßen, wo es stehn mußte; im vorhergehenden Jahrhundert, d. h. in dem Jahrhundert der Könige Rothari und Liutprand, war aber diese Nachläßigkeit noch nicht eingerißen, sondern das h. noch wirklich lebendiger Consonant. (Vgl. Bluhme, Die Gens Langobardor., Heft II, Bonn 1874, 8°, S. 21 f.). Die oben in der Note constatirte durchgehende Gleichmäßigkeit der Schreibung „haldius" in den Gesezen jener beiden Könige ist folglich durchaus autoritativ. In freisinger Urkunden kommt nun freilich mehrfach unser Wort in der Form von aldio vor (Boos, Liten u. Ald., S. 45); aber auch das ist — ebenso wie die karolingische Schreibung „aldius" — ohne alles Gewicht. v. Savigny, der ja in jüngeren Jahren Docent an der baierschen Universität Landshut gewesen ist, theilt (a. a. O., S. 14) eine Thatsache mit, welche jene Schreibungen auf- und überwiegt. Noch zu seiner Zeit nämlich hat man die ländlichen Dienstboten in Baiern „Halden", Ehehalden genannt.[1])

Betreffs der Etymologie selbst kann ich mit Bluhme nicht übereinstimmen. Derselbe leitet (Mon. Germ., Legg. IV, Glossar, s. v. haldius) das Wort vom verb. haldan ab, und kommt so zu der Bedeutung „tenens", d. h. undertenant. Dem widerspricht schon das i am Ende des Wortes, das sich auch in aldio findet, und das auf das ahd. verb. haldjan (altsächs. heldjan, afheldjan) inclinare hinweist. Das Adject. haldi kann demnach nur zweierlei bedeuten, entweder inclinans, oder inclinatus. Ersteres würde auf das goth. andbahts (sächs. ambahteo), minister, hinauskommen, lezteres auf das ags. hŷnd. Daß man den Liten nicht ganz abstract minister genannt hat, ist aber wohl sehr wahrscheinlich; und so bliebe denn wirklich nur die Bedeutung hŷnd übrig, wie denn auch das ahd. Adjectiv hald inclinatus bedeutet. Wir würden noch weit sicherer diese Thatsache feststellen können, wenn wir in der Lage wären, die alte Streitfrage, ob die Romani possessores, von denen Paulus Diaconus, II. 32 u. III. 16, berichtet, zu den Haldien gehört haben, definitiv in bejahendem Sinne entscheiden könnten. Ich bin aber in der That der Meinung, daß die Frage wirklich zu bejahen ist.[2])

[1]) Schmeller, Baiersch. Wörterb. erwähnt (II. 178 ff.) des Wortes hald in diesem Sinne nicht, und auch unter ald (I. 48) hat er kein entsprechendes Wort.

[2]) Die Ansicht ist zuerst von H. Leo (Entwicklung der Verfaßung d. lombard. Städte, Hamburg 1824, 8°, S. 4 f. u. 19 f. — auch Gesch. d. ital. Staaten, I. 80 f.) ausgesprochen; und dann hat sie Troya (Della condizione dei Romani vinti dai Lombardi e della vera lezione di alcune parole di Paolo

Digitized by Google

Die vorher erwähnte Thatsache, daß die Angelsachsen den Liten Wäle (wealh) nennen, gehört leider ebenfalls noch zu den zweifelhaften Fragen. Kemble gesellt den wealh nicht bloß (Sachsen,

---

Diacono, Napoli 1841, 8⁰), bes. §§ 21—30, auf z. Thl. unleugbar nicht grade glückliche Weise zu begründen versucht. Ihm haben sich Gaupp, (Ansiedlungen, SS. 508—510) u. a. (vgl. Gaupp, S. 508 und v. Bethmann-Hollweg, German.-roman. Civilproc., I. 301 f., n. 1) angeschloßen; und später hat Hegel (a. a. O., SS. 352—71 u. 400—405) die Ansicht nochmals — besonders gegen v. Savigny, der (Gesch. d. röm. Rs., 2. Aufl., I. 400—404) Leo widersprochen hatte — vertheidigt; und zwar — wie ich gegen v. Bethmann-Hollweg behaupten möchte — mit der wünschenswerthesten kritischen Gründlichkeit. Ihm stimmen auch die Herausgeber des Paulus Diaconus in den Monumenta Germ. bei, wie aus einer Note zu II. 32 zu erkennen ist. Andererseits ist aber auch noch in allerneuster Zeit von v. Bethmann-Hollweg (German.-roman. Civilprocess, I. 301—310) und v. Sybel (Königthum, 2. Aufl., SS. 429—31) gegen Hegel Widerspruch erhoben.

Da ich die Gründe für meine Entscheidung in Kürze darlegen kann, so will ich das hier noch thun. Ich bevorworte zunächst, daß Troyas, später theilweis von Gaupp fortgesetztes Bemühen, die Lesart gewißer entscheidender Worte in II. 32 und III. 16 zweifelhaft zu machen, gegen die Sicherheit des überlieferten Textes unmöglich aufkommen kann. Ich werde die betreffenden Stellen in der zweifellos echten, von jenen beiden Gelehrten vergeblich angefochtenen Lesart mittheilen. Ich bevorworte ferner, daß es mir ganz unmöglich scheint, unter den „populi adgravati" des c. 16 andere Leute zu verstehn, als die „reliqui" des c. 32, welche „per hospites (nicht, wie Troya will, hostes) divisi, tributarii efficiuntur, ut tertiam partem frugum suarum Langobardis persolverent." Demgemäß faße ich auch den Bericht des c. 16 als Mittheilung darüber auf, was mit den reliqui, die in Folge der Maßregel des c. 32 „populi adgravati", bez. tributarii geworden waren, geschehen ist, als die Langobarden zum Königthum zurückgekehrt waren. Ich bevorworte endlich, daß ich das „dividere per hospites" (c. 32) und das „partiri per hospites" (c. 16) nicht — wie bisher allgemein angenommen ist — so verstehen kann, als ob die hospites — die Angelsachsen würden sagen die „geneátas" (vgl. den lezten Abschnitt) — selbst die Theilung vorgenommen, sondern nur so, als ob sie dabei als Instrument gedient hätten. Paulus Diaconus, der Hof-Historiograph Karls d. Gr., ist offenbar bemüht, alle Gehäßigkeiten, welche die Langobarden verübt haben, dem Interregnum, bez. den von der königlichen Oberherrschaft befreiten Herzogen aufzubürden, und dagegen (in c. 16) die Rückkehr des Königthums als die Rückkehr von Frieden und Segen zu glorificiren. In diesem Bestreben macht er (c. 32) die Herzoge auch für das „dividere per hospites" verantwortlich. Sie haben die Theilung bewirkt, und zwar „per hospites", das heißt, sie haben die Ländereien der „reliqui", der übrig gebliebenen possessores und römischen Colonen (Hegel, S. 353, n. 1) als „folkland" (vgl. den Anhang z. lezten Abschn.) eingezogen, und darauf „hospites (vgl. Gaupp, Ansiedlgn., S. 87, bes. n. 4), das heißt, wie ich vermuthe, Leute ihres Kriegsgefolges, als Beneficiaten angesiedelt. Die possessores und ihre Colonen mußten dann für diese Krieger fortan als Tertiatores (vgl. Hegel, S. 355 i. Verb. m. S. 105) den Ackerbau in ganz ähnlicher Weise besorgen, wie wir es noch bei den Angelsachsen finden werden. Von hieraus komme ich nun bei den Worten des c. 16: „Populi tamen

Digitized by Google

übers. v. B., I. 157) den eigentlichen Knechten, dem Hausdiener (þeów) und dem Arbeiter (êsne = dagewerchte in Sachssp., III. 44 § 3)[1]) bei, sondern behauptet sogar, das Wort sei eine gattungsmäßige Bezeichnung jener beiden Classen von Knechten. v. Maurer dagegen, dem sich R. Schmid (Glossar, S. 673, s. v. wealh) wenigstens für Ines Gesezgebung anschließt, hält (Adel, SS. 130 ff.) den wealh für einen niederen Freien; und v. Sybel, der troz Gildas und Beda nichts von der systematischen Niederdrückung der Wälen durch die Angelsachsen wißen will[2]), behauptet sogar (Königth. 2. Aufl., S. 336) in Ines Gesezgebung offenbare sich die Existenz einer „geachteten Classe" von Briten unter den Westsachsen. Alle diese Ansichten sind indeß ms. Es. zu verwerfen. Abgesehn von der „gerâdnis betweox Dunsêtan" (Schmid, Anh. I, SS. 358 ff.) verstehn die Geseze der Angelsachsen, insbesondere diejenigen König Ines, unter dem wealh oder wieslisk man schlechthin stets einen Liten. K. v. Maurer hat auch bereits (Krit. Überschau, I. 408) seine ältere Ansicht mit dieser Auffaßung vertauscht.

Bei der Untersuchung der Frage ist bisher eine Thatsache übersehn, von der ich grade ausgehen will, weil ich glaube, daß darin die älteste Anwendung des Wortes wealh zur Bezeichnung eines Dienenden hervortritt, und daß sie also der Erklärung des Wortes besonders in der ineschen Gesezgebung, worauf sich die

---

adgravati per Langobardos hospites partiuntur" zu folgendem sehr einfachen Sinne. Paulus redet unmittelbar vorher von den Maßregeln, welche getroffen sind, um den neu erwählten König Authari mit dem nöthigen Fiscalgut auszustatten. Zu diesem Behufe, sagt er, geben die Herzoge die Hälfte ihres Vermögens an den König heraus; die populi adgravati aber, fährt er dann fort, theilt man „per hospites". Damit soll ms. Es. nur gesagt sein, Authari habe widerum nicht selbst die Ländereien jener Römer, so weit sie bei jener Auseinandersezung an ihn abgetreten, in unmittelbaren fiscalischen Besiz genommen, sondern sie als folkland behandelt und demgemäß durch seine milites, bez. satellites in Beschlag genommen. Daher auch in unserem Saze das dem vorhergehenden tribuunt entsprechende Praesens partiuntur, womit Hegel (S. 353) nicht recht fertig geworden ist.

Meiner Auffaßung nach werden somit die „adgravati" zweifellos als Haldien behandelt; und ich halte es sogar für sehr wahrscheinlich, daß adgravati die Übersezung von haldii ist.

[1]) Vgl. über þeów und êsne K. v. Maurer, Krit. Überschau, I. 407 f.

[2]) Auf die homiletische Lamentation des britischen, i. J. 570 oder 577 gestorbenen Mönchs Gildas „De excidio et conquestu Britanniae" (Maxima Bibliotheca vett. Patrum, Bd. VIII, Lugduni 1677 fol., SS. 707—715, bes. S. 710 f.) ist allerdings nichts zu geben; anders aber steht es mit Berichten wie Beda, Hist. eccles., I. 15. Vgl. auch für die spätere Zeit Lappenberg (Gesch. v. Engl., I. 273).

Digitized by Google

angedeuteten abweichenden Ansichten so gut wie ausschließlich stüzen, präjudicirt. Die Gattin des Königs Hrôðgâr heißt im Beówulfliede Wealh-þeôw (v. 613), abgekürzt Wealh-þeô (v. 655 u. 1163). Das Wort ist reines nomen appellativ., das erst der englische Bearbeiter des Liedes erfunden haben kann. Es ist zusammengesezt aus wealh und þeô, abgeleitet von þeôn (þeôwan), bändigen, und kennzeichnet somit die Königin als Bändigerin, Herrscherin der Dienerschaft. In genauster Übereinstimmung hiermit fungirt auch bei Tacitus (German., c. 15) die Hausfrau als Hausherrin der häuslichen und ländlichen Diener. (Vgl. auch Waitz, VG., I.³ 48 u. 35, bes. n. 4).

Schmid erkennt (S. 673) mit vollem Rechte an, daß der wälische Dieb am Ende von Aðlst., VI. 6 § 3 (S. 162) ein Lite sei[1]); und ebenso von dem Wälen am Schluße von Aðlr., II. 6 § 1 (S. 208).[2]) Abgesehn von der hier überhaupt gleichgiltigen Gerâdnis, von der ich soeben gesprochen, sind das aber außer den in Betracht kommenden ineschen Gesezen und einer Bestimmung, welche auf lezteren fußt (Anh. VII. 2, § 7), die einzigen Sazungen, welche den wealh erwähnen. Wenn hier also noch wealh in Üebereinstimmung mit dem Beówulfliede den Liten — möglicher Weise speciel den Liten des Königs — bezeichnet, dann spricht mehr, als bloße Wahrscheinlichkeit dafür, daß Ines Geseze, und folgeweis auch Anh. VII. 2 § 7 (Schmid, S. 396) von diesem Sprachgebrauche ebenfalls nicht abweichen. Das bestätigen denn auch jene Gesezes-

[1]) Die þeówas þa men häfdon a. Anf. der Stelle sind mit dem wielisk þeóf am Schluße nicht identisch, und dürfen daher nicht etwa mit dem Liten in Lex. Fris., XI., 1, der selbst wider hlâford eines Liten ist, gleichgestellt werden. Es sind höhere unfreie Hausdiener, die wider herrschaftliche Diener niederer Classe unter sich haben. Das Gesez enthält folgende 3 Bestimmungen:

1. Der Diebstahl, wobei ein solcher höherer þeów das Object der Entwendung ist, soll mit ½ Pfund (d. i. 30 Schill. — Schmid, S. 593) gebüßt werden. (S. die Berichtigung am Ende des Werkes).

2. Wenn der þeôw selbst diesen Diebstahl begeht, d. h. sich heimlich hinwegstiehlt, soll er gesteinigt werden.

3. Wenn er gestohlen ist, dann aber dem Diebe entflieht, und auf diese Weise sich seinem Herrn „stiehlt", soll er gleich einem wälischen Diebe behandelt und gehangen werden. (S. die Berichtigung der vorstehenden Note am Ende dieses Werkes.)

[2]) Dort ist übrigens ersichtlich statt þeôf, Dieb, þeôw, Diener zu lesen. ôðeres gefâ bezeichnet einen Delinquenten, welchem der Beschädigte nacheilt um ihn zu fangen. Daher auch ge-fâ; denn wer das Gerüft (hue and cry) hört und die Nacheile sieht, ist kraft seiner Ding- und Heerespflicht zur Hilfe verbunden.

Digitized by Google

stellen, bez. Rechtsaufzeichnung selbst. Es ist auszugehn von Ine, c. 32 (Schmid, S. 34): „Gif wȳlisk mon häbbe hîde landes (1 Hufe Land) his wêr (Wergeld!) bið 120 skill. (so steigt sein W. auf 120 Sch.) Gif he þonne häbbe healfe (wenn er dagegen nur ½ Hufe besizen sollte), 80 skill.; gif he nänig (gar kein Land) häbbe, 60 skill." Aus dieser Vorschrift ist die ostanglische Wergeldauszeichnung Anh. VII 2 §§ 7 u. 8 hervorgegangen. Der landlose Wäle dieses Gesezes ist kein wirklicher Lite, sondern ein unfreier Hausdiener wälischer Nationalität; er wird deshalb Ine, c. 74 (Schmid, S. 54) þeôw-wealh genannt. Man sieht daraus, sowie aus dem Namen von Hrôðgârs Gemahlin, daß die Wälen in einzelnen Fällen nicht bloß „gehȳnd", sondern sogar vollkommen „geknechtet" sind. Man sieht aber ferner daraus, daß der leztere Fall, wenigstens im VII. Jahrhundert nicht der regelmäßige gewesen; denn die Zusammensezung þeôw-wealh ist offenbar dadurch veranlaßt, daß man bei dem einfachen Worte wealh eben nicht an Hausdiener, sondern an litische Colonen dachte. Aus Anh. VII. 2 § 7 ersehn wir nun aber, daß der wälische Vollhufner — und ohne Zweifel auch der wälische Halbhufner — Colone des Königs ist. Der wälische Vollhufner, der uns auch in Ine, c. 54 § 2 (Schmid, S. 48) als Delictsschuldknecht (wîte-þeôw) entgegentritt, ist demnach der normale königliche Lite.[1]) Er wird auch wealh gafolgilda genannt; und kann als puer regis im Königsdienste noch höher steigen. So zunächst als hors-wealh (Ine, c. 33, Schmid, S. 34); das heißt ms. Es. nicht als mareskalk, sondern als ritterlicher Diener (geneât).[2]) Er hat ein Wergeld von 200 Schill., steht also in diesem Punkte dem Twȳhȳnde gleich, von dem wohl Ine, c. 34 § 1 (Schmid, S. 36) zu verstehn ist. Nach

---

[1]) Merkwürdig, daß er noch im Wergelde die Ruthe (120 Schill.) vertritt. Vgl. auch Ine, cap. 23 § 3 (Schmid, S. 30). Die lezten Worte dort sind zu lesen: „Weales hȳð twelfum." Der Raub (superventio et exspoliatio; Lex Sal., Tit. 14), der gegen einen Wälen verübt ist, ist mit 12 Schill. zu büßen. Vom Wergelde des wealh gafolgilda erhält nach c. 23 § 3 der Sohn des Wälen 100 Schill.; die übrigen 20 fallen offenbar dem Könige als Patron zu.

[2]) Zu den eigentlichen Eorls wird aber der hors-wealh auch als Krieger nicht gerechnet, sondern erst der Sixhȳnde. (Vgl. unten Abschn. III).

Beiläufig bemerkt, könnte man sich versucht fühlen, den einige Male vorkommenden Königstitel Bretwealda (Kemble, Sachs., übers. v. B., II. 7—17), der noch heute von Stubbs (a. a. O., I. 162 f.) als specifischer Amtstitel behandelt, und zum Gegenstande der Hypothese gemacht wird, mit der Stellung des Königs den unterjochten Wälen gegenüber in Verbindung zu bringen. Indeß dabei handelt es sich um einen bloßen Ehrentitel, der mit jener Stellung absolut nichts zu thun hat. (Vgl. die etymologisch durchaus richtige Erklärung Kembles, a. a. O., S. 16 f.)

Digitized by Google

Ine, c. 24 § 2 (Schmid, S. 30) kann der Wäle vom hors-wealh auch noch zum Sixhýnde avanciren. Mit diesem Grundsaze werden wir uns später in Abschn. III genauer bekannt zu machen haben. Hier genügt die Bemerkung, daß die Thatsache, daß die Lex Salica die Möglichkeit der Anstellung eines puer regis als sakebaro oder grafio berücksichtigt, den gleichen Grundsaz auch für das fränkische Recht beweist.

Noch eine andere fränkische Analogie aber drängt sich hier auf, die ich kurz besprechen will, bevor ich in der Erörterung der angelsächsischen Verhältniße weiter gehe.

Es ist bekannt, daß das ahd. walah, ags. wealh, der deutsche Name für Romanus, Latinus, für keltisch, italienisch, französisch, romanisch ist. (Vgl. Graff, Sprachschaz, I. 841; Schade, Altd. Wörterb., 2. Aufl., S. 1080, s. v. walah; Grimm, Vorrede z. L. Sal., S. X; Leo, Beôwulf, Vorrede, S. XV f.)[1]) Es springt demnach in die Augen, daß der ags. wealh mit dem Romanus der Lex Salica wesentlich identisch ist; und daraus ergiebt sich eine weitere, höchst erhebliche Bestätigung meiner Ansicht betreffs des wealh. Eine erhebliche Anzahl der respectabelsten deutschen Forscher bestreitet allerdings — theilweis in Opposition gegen gewiße ältere französische Gelehrte[2]) — jede Verkümmerung der Rechtspersönlichkeit des Romanus durch die fränkische Eroberung. v. Savigny hatte (RG. d. Adels, S. 15) die Theorie aufgestellt, der Romane, und zwar selbst der roman. tributarius der Lex Salica, sei als vollfreier Statsbürger des fränk. Stats zu betrachten. Die Franken hätten ein doppeltes Wergeldsystem gehabt, ein fränkisches und ein romanisches; beide seien indeß innerlich conform, und nur dadurch verschieden gewesen, daß dem Romanen nur je die Hälfte des Frankenwergeldes zugestanden sei. Und diese Idee fand im großen Ganzen Beifall.[3]) Gleichwohl ist sie mit einem wesentlichen

---

[1]) Der Begriff Romanus ist im VI. Jahrh. schon ebenso weit wie der Begriff walah. Vgl. darüber Gaupp, Ansiedlgn., SS. 216—218. Beiläufig bemerkt erklärt auch die Bedeutung von walah, walh die Bezeichnung wal-vassor, über die Zöpfl, (RG., 4. Aufl., II. 65) so unhaltbare etymologische Ansichten vorträgt. Das Wort bezeichnet den Wassal keltischer, bez. romanischer Nationalität.

[2]) Vgl. darüber Thonissen, a. a. O., SS. 90—92.

[3]) Vgl. darüber v. Sybels Note 2 in der von ihm besorgten 2. Aufl. von Löbells Gregor v. T., S. 104. Löbell selbst gehört (a. a. O., SS. 106—114) zu v. Savignys Anhängern, nur daß er, so gut wie alle übrigen, die v. Savigny gefolgt sind, dessen Deutung des tributarius verwirft. In jüngster Zeit ist v. Savignys Anhängerschaft noch durch Thonissen, a. a. O., SS. 108 ff., vermehrt.

Von v. Savignys Anhängern will ich hier nur zwei besonders hervorheben, nämlich Gaupp und namentlich Roth, der uns durch sein weit ausgedehntes

Digitized by Google

Mangel behaftet; denn sie schreitet über die sehr erhebliche Frage, was es zu bedeuten habe, daß die Franken dem Romanus possessor

Eingehn auf die Frage erst vollkommen in den Stand gesezt hat, sie grade gegen ihn und v. Savigny zu entscheiden.

Betreffs Gaupps genügt die Bemerkung, daß er (Ansiedlgn., SS. 65—67; 70 ff.; 135, bes. N. 1) die Bezeichnung Romanus possessor, abweichend von v. Sav., ganz strict deutet, so daß darunter auch die Colonen mitbegriffen sind; und daß ihm auf diesem Wege der tributarius zum grundbesizlosen Romanen wird. Dies augenfällig unhaltbare, durch und durch willkürliche System ist offenbar nur ausgesonnen, um einen Plaz für den stätischen roman. Plebejer ohne Grundbesiz zu finden, den v. Savigny bei seiner Theorie ganz übersehn hat. Das ist denn auch die Crux, womit Roth (Beneficialwesen. SS. 91—93) sich abmüht. Er hat die früher auch von Waitz (Das alte Recht d. salischen Franken S. 101) bestrittene, heute (VG. II. 1[3], 242, bes. N. 2) ebenfalls zugestandene Thatsache, daß tributarius nichts anderes wie den Colonen bezeichnen kann, viel zu klar erkannt, als daß er im Stande wäre, ihn nicht dafür zu nehmen. Wo aber bleibt nun jener Plebejer? Er muß in die Kategorie possessor Romanus mit eingereiht werden; denn — seiner Rechtsfähigkeit nach — kann er ja möglicher Weise zu Grundbesiz kommen! Roth erklärt (S. 83) die Classification der Romanen als conviva regis, possessor und tributarius ausdrücklich für „erschöpfend", und muß das auch thun, weil sonst die savignysche Grundidee vom Parallelismus des roman. und fränk. Wergeldsystem geopfert werden würde; der Umstand jedoch, daß auch er sich jenen armen Plebejer wider entschlüpfen laßen muß, ist mir der klarste Beweis, daß er hierin mit v. Savigny irrt. (Damit erledigen sich denn auch die ohnehin unhaltbaren, wenngleich von Deloche — La trustis et l'antrustion u. s. w., SS. 169—177 — und anderen von ihm genannten französichen Forschern acceptirten Deductionen SS. 94—96). Die ganze Eintheilung in tributarius, possessor und conviva regis bezieht sich offenbar nur auf romanische Grundbesizer und ihre Colonen, die des Königs Haldien geworden, und als solche vermuthlich auch zur Aufnahme von „hospites" verpflichtet sind. Der conviva regis ist ms. Es. als aus dem Stande dieser Possessoren hervorgegangen zu betrachten. Daß den Franken ein solches Verfahren recht wohl zuzutrauen, lehren Roths eigene historischen Erörterungen und Mittheilungen S. 66 f.; und bei Roths Ansichten über die Abfaßungszeit der Lex Salica (S. 91) kann ich von ihm grade am wenigsten verstehn, wie er (S. 80) dazu kommt, in den den Romanen betreffenden Bestimmungen dieser Lex sich ein besonders „freundliches Verhältniß" abspiegeln zu sehn. Waitz, der früher auf demselben Standpunkte gestanden hat betreffs der Frage der Abfaßungszeit der Lex Salica, und im Grunde auch wohl heute noch darauf steht, kommt in Folge dessen (Das alte Recht, S. 102 f.) zu dem ms. Es. vollkommen correcten Schluße: die Lex Salica stellt den Romanus possessor „dem Liten gleich". Wenn aber Roth hiergegen (S. 83 f., N. 160) geltend macht, da der roman. tributarius zum Liten gemacht sei, so könne seinen possessor nicht dasselbe Schicksal getroffen haben, so hat er dabei nicht an Lex Fris. Tit. XI. § 1 gedacht, und übersehn, daß grade im Litenstande die meisten Abstufungen vorkommen.

Daß es im merowingischen Reiche noch bedeutende Grundbesizer roman. Nationalität gegeben, hat niemand weniger Grund zu bestreiten, wie ich. Gegen

Digitized by Google

nur das Wergeld des Liten, und dem tributarius sogar dies nicht einmal voll zugebilligt haben, mit dem wenig befriedigenden Machtspruch hinweg, damit solle nicht ausgedrückt werden, daß der Romane nicht ebenso frei, ebenso viel werth sei, wie der Franke.[1]) Das zwang schon Waitz (Das alte Recht, S. 102 f.), wenigstens für die Lex Salica selbst die savignysche Theorie aufzugeben, wenn man will, da er sich deshalb nicht ausdrücklich mit v. Savigny auseinandergesezt hat, sie zu ignoriren. Er sah sich, wie ich schon in der vorlezten Note gezeigt habe, zu dem Anerkenntniß gezwungen, daß die Lex Salica den Romanus possessor in den Litenstand eingereiht habe. Ja er sah sich sogar gezwungen, jene Theorie ganz aufzugeben; denn er mußte weiter (a. a. O.) anerkennen, daß Chlodwig am Rechtsstandpunkte der Lex Salica in dem in Rede stehenden Punkte nichts geändert habe; und daß somit die betreffenden Vorschriften der Lex Salica gallo-fränk. Reichsrecht geworden seien.[2]) Dem klaren Ausspruche, daß der Romanus possessor und sein Colon im gallofränk. Reich zum Liten gemacht sei, den bald darauf (1847) Hegel (a. a. O., S. 402 f.) gethan hat, ist Waitz allerdings bis heute aus dem Wege gegangen; insofern aber ist er sich doch treu geblieben, daß er noch heute (VG., II, 1.[3] 267 f.)

---

die Beispiele, welche Roth (S. 81 f.) zum Erweise dieser Thatsache vorbringt, möchte ich aber doch erinnern, daß sie sämtlich der hohen Praelatur entlehnt sind, bis auf den Herzog Lupus (Flodoard, Histor. Remens. eccles., II. 4) und den Patricius Abbo. Diese beiden aber gehören zu den höchsten Antrustionen des Königs, und Abbo stammt, wie schon sein german. Name zeigt, aus einer Zeit, wo Germanen und Romanen mit einander verschmolzen sind.

Dem auf die Heerpflicht der Romanen gestüzten Argument (SS. 172—76) kann ich endlich gar keine Bedeutung beimeßen. Auch der wealh erscheint als Berufssoldat. Nach v. Sybel, der in unserer Frage noch den savignyschen Standpunkt einnimmt, soll es ja allerdings heute allgemein anerkannt sein, daß Chlodwigs Romanen „heerbannpflichtig" gewesen (a. a. O., SS. 402 ff.); indeß dieser Behauptung muß entschieden widersprochen werden. Vgl. Boretius, Z. Kapitularienkritik, SS. 71—74.

Schließlich mag hier noch auf eine ganz andere Hypothese von Fustel de Coulanges (Hist. des institutions de l'ancienne France, 2. Aufl., Thl. 1, Paris 1877, 8°, SS. 547 ff.) hingewiesen werden, wonach der possessor Romanus der Lex Salica bereits mit dem zu romanischer Freiheit Freigelaßenen der Lex Ripuaria identisch sein soll. Thonissen hat (a. a. O., SS. 93—107, bes. aber SS. 557—72) das Verfehlte dieser Ansicht nachgewiesen, hier aber ist es von Wichtigkeit zu constatiren, daß die Lex Ripuaria überhaupt eine solche litische Freilaßung kennt.

[1]) Widerholt von Löbell, a. a. O., und von Roth, a. a. O., SS. 94—96.

[2]) Damit erledigt sich auch das löbellsche Argument für die savignysche Theorie, das dem Prokop, Bell. Gothic., I. 12 entlehnt ist; und namentlich Waitz gegenüber, der es (Alt. Recht, S. 102, N. 1) in seiner Deduction mit heranholt.

Digitized by Google

dem fränkischen Romanen geminderte Freiheit zuschreibt. Waitz und Hegel sind aber keineswegs die einzigen Forscher, welche die Unhaltbarkeit der savignyschen Theorie erkannt haben; auch Gierke ist ihr ungetreu geworden; und sofern ich ihn vollkommen richtig verstehe, spricht er sich über die Frage sogar in einem Sinne aus, der im wesentlichen auf meine Auffaßung hinauskommt. Er meint (Genoßenschaftsr., I. 39), bei den auf römischen Boden verpflanzten german. Völkerschaften hätten die freien Romanen eine Stellung angewiesen erhalten, welche derjenigen der bloßen „Schuzgenoßen" „nicht unähnlich" gewesen sei. (Vgl. auch a. a. O., SS. 109 u. 147.) Ich weiche von dieser Auffaßung wesentlich nur insofern ab, als ich, wie bereits oben in der Note angedeutet, bezweifle, daß alle Kelten nach Chlodwigs gallo-fränk. Eroberungen vom Sieger gezwungen sind, sich das Loos eines possessor, wenn nicht gar tributarius im Sinne der Lex Salica gefallen zu laßen, oder demselben mit Genehmigung des Königs durch die Erhöhung zur Stellung eines conviva regis zu entfliehn — in Tours z. B. kann das unmöglich der Fall gewesen sein. Ich vermuthe vielmehr, daß jenes Loos nur eine bestimmte Anzahl von keltischen Grundbesizern und Colonen getroffen hat, je nachdem es fiscalische und strategische Zwecke erheischten. Im übrigen dürfte die Frage des keltischen Wergeldes vorerst eine offene geblieben sein, bis daß beide Nationalitäten zu einer neuen lateinischen verschmolzen; ein Process, der nicht lange auf sich warten ließ.

Schließlich bemerke ich noch zu der Frage der wesenhaften Identität des Romanus der Lex Salica mit dem ags., namentlich westsächs. wealh, daß wir sogar die Stufenleiter þeôw-wealh, wälischer Halbhufner, wälischer gafolgilda, horswealh und wälischer sixhŷnde in der Lex Salica, bez. bei Gregor v. T. widerfinden. Unter den vassi der Lex Salica hat es gewiß nicht wenig Kelten gegeben, sie dürften also dem þeôw-wealh gleich zu stellen sein. Der Romanus tributarius wird im wesentlichen dem wälischen Halbhufner, der Romanus possessor dem wealh gafolgilda entsprechen; und der Romanus conviva regis ist das genauste Gegenbild, wahrscheinlich Urbild zum westsächs. Sixhŷnde. Davon wird uns der III. Abschnitt noch genauer überzeugen. Den westsächs. horswealh endlich halte ich für identisch mit dem fränk. puer regis, eine Stellung, die nach Gregor v. T. vielfach von Kelten bekleidet wurde.

Kehren wir nun zu den Angelsachsen, insbesondere zum hŷnd, zurück.

Der oben berührte Zweifel am litischen Charakter des Romanus possessor des fränk. Rechts erklärt sich zunächst aus dem uns be-

Digitized by Google

fremdenden Umstande, daß kein gallo-fränk. Chronist oder Annalist, namentlich Gregor v. T. nicht, die geringste Thatsache berichten, welche auf solche Maßregeln Chlodwigs gegen die unterworfenen Kelten schließen ließen, wie ich sie angenommen habe. Außerdem aber scheint doch auch vor wesenhafter Identification beider zu warnen, daß die Lex Salica den possessor Romanus zwar in der Höhe seines Wergeldes dem letus gleichstellt, dennoch aber ihn nicht letus nennt. Ähnliche Hinderungsgründe stellen dagegen die angelsächsischen Quellen der Auffaßung des wealh als Liten nicht entgegen; namentlich gebrauchen die westsächs. Geseze immer nur die eine Bezeichnung wealh, wîlisk mon, wenn sie vom Liten reden wollen. Je sicherer aber dadurch das Ergebniß wird, daß wealh der westsächsische Ausdruck für Lite gewesen, desto unmöglicher scheint grade die Fundamentalthese, welche den Angelpunkt meiner ganzen Untersuchung bildet, zu werden: die Zusammensezungen twŷ- u. s. w. hŷnde seien aus einem Simplex hŷnd als der abstracten Bezeichnung des Liten zu erklären. Indeß zwei Thatsachen sind doch nachweisbar, die nichtsdestoweniger diese Behauptung retten. 1. Wennschon aus den Überbleibseln der ags. Literatur sich das Simplex hŷnd in der von mir postulirten Bedeutung, ja überhaupt, ebenso wenig nachweisen läßt, wie aus den ags. Gesezen und sonstigen Rechtsquellen, so findet sich doch in der englischen Literatur des XVI. Jahrhunderts ein Wort hind, das ganz in dem Sinne gebraucht wird, wie nach v. Savigny in Baiern der Ausdruck Halde.[1]) Die Belege dafür werde ich sogleich mittheilen. 2. Daß dies hind unser hŷnd ist, beweisen die Leges Henrici I, die niemals mehr hynd, sondern stets hind bringen. Vrgl. a. a. O. 69. 2 (Schmid, S. 470):

[1]) Nicht unerwähnt darf auch bleiben die folgende, von v. Richthofen, Altfries. Wörterb., s. v. hiona, (S. 815) angezogene Stelle aus der dem XV. Jahrhundert entstammenden Jurisprudentia Frisica, nach Hettemas Ausgabe (Leeuwarden 1835, 8°), S. 174: „Hwerso me färt to enis sickeris mannis huuis, lyachtan deys, mit wepender hant, mit samada syden, end ma dyr wald in deth, jefta quick halet, so schelre dat fya twischet jelda, als hit dy hushera betygiuga wil; ende da hushera da wald beta mit 20 ponden, and da hynden aller lyck mit 2 eynsen, ende riuchteren 20 ponda." Wenn jemand am hellen lichten Tage mit bewaffneter Hand in das Haus eines sicheren, (d. h. die Rechtsverfolgung durch seinen Grundbesiz gewährleistenden) Mannes in Begleitung dazu versammelter Gefährten eindringt, und darin Gewaltthätigkeiten verübt oder Vieh herausholt, so soll er das Doppelte des Preises, den der Hausherr bezeugen wird, als Ersaz für das Vieh bezahlen, und dem Hausherrn büße er den Hausfriedensbruch mit 20 Pfd., jedem hynd mit 2 Unzen, dem Richter mit 20 Pfd. Hier bezeichnet hynd den männlichen Diener, welcher seinem Hausherrn im Kampfe gegen die eindringende Schar beistehn muß. Eben dieser Beistand erklärt auch seinen Antheil an der Buße.

Digitized by Google

twyhindi; ebenso 70. 1 (Schmid, S. 470), daneben: twelfhindi; ferner 82. 9 (Schmid, S. 480): syxhinda und twelfhinda; außerdem 76. 4 (Schmid, S. 475) und 87. 4 (Schmid, S. 482).

Meine Mittel, das Wort hind im Englischen nachzuweisen, reichen leider nicht über Shakespeares Zeit hinaus. Im Beówulfliede kommt jedoch mehrfach ein Adjectiv. vor, das mit dem verb. hŷnan sehr nahe verwandt ist, und dessen Bedeutung ganz auf diejenige des Particip. hŷnd, dasselbe nicht als Personenclassenbezeichnung aufgefaßt, hinausläuft, nämlich das Adject. heân, hŷn. Aus diesem ist das engl. Adject. hine entstanden; und das findet sich verschiedentlich in dem Sinne von hind bei den älteren englischen Dichtern, wie z. B. dem Londoner Geoffrey Chaucer, (zweite Hälfte des XIV. Jhrhs.)[1]); Shakespeare dagegen sagt niemals hine, sondern stets hind.

Der Beleuchtung der Stellen, wo er das Wort gebraucht, schicke ich nur eine kurze historische Notiz vorauf, die uns die Sache theilweis erleichtern wird. Die akademisch gebildeten dramaturgischen Zeitgenoßen Shakespeares, deren Sternenschimmer nicht wenig durch das helle Licht seiner Sonne überstrahlt wurde, beuteten zu ihrem wirksamsten Schuze gegen ihn eben ihre akademische Schulung aus, und suchten ihn zu diesem Behufe als ungebildeten „Bauer" herabzusezen. Das hat dazu geführt, daß er z. B. an einer Stelle der

---

[1]) Halliwell identificirt ganz richtig in seinem archaeolog. engl. Wörterb., s. v. hind, dies Wort mit hine. Ebenso v. Richthofen (Altfries. Wörterb., a. a. O.). Lezterer trennt aber dennoch wider unabsichtlich beide Wörter, indem er das altfries. hina, eben Chaucers hine, mit hiuna, hiona, altnorweg. heôn und hiûn, zusammenwirft. Hiuna ist jedoch der Plural von hiô, contrah. aus hiwo, ags. hîwa, engl. hive. hîwo bedeutet Hausgenoße; sein Plural das ganze contubernium, insonderheit die beiden Ehegatten, sowie die Hausdienerschaft. Vgl. Corpus jur. Sueo-Gothor. antiqui. Utgifven af Collin och Schlyter, Bd. I (Stockholm 1827, gr. 4°), S. 422 u. Bd. XIII (Lund 1877, gr. 4°), S. 276 f. Der Singular hina kann unmöglich aus dem Plural hiuna entstanden sein, sondern ist ein ganz anderes Wort, dessen Etymologie ich schon oben im Texte gegeben habe.

Ich gehe schwerlich fehl in der Annahme, daß v. Richthofen durch Hettema (a. a. O., S. 142 f., s. v. heynd) vom rechten Wege abgelenkt ist, obwohl Hettema dort auch wider Mittheilungen macht, die grade hätten auf dem rechten Wege halten können. Derselbe vermengt allerdings hynd mit heynd (hinten), und lezteres wider mit heyn (sepes); und das scheint in der That auf hîwan, hiôn hinzuweisen; andererseits constatirt er aber auch die beiden Bedeutungen des Adjectivs heyne, das für uns allein in Betracht kommt, als peregrinus und servus. Später zieht Hettema noch das Ortsadverb. heine (nahe bei) heran, und verwirrt dadurch die Sache noch mehr. Die Confusion ist aber sofort gehoben, sobald man weis und beachtet, daß das Ortsadverb. heine nichts ist, als die — muthmaßlich incorrecte — Nebenform des Ortsadverbs heind (hinten).

Digitized by Google

II. Sestiade der marlowe-chapmanschen Romanze Hero u. Leander „illiterate hind“ geschimpft ist, sowie daß Shakespeare selbst mehrere Male sich des Wortes bedient hat, um dies und ähnliches Geschimpf zu ironisiren.

Regelmäßig gebraucht er das Wort im Sinne von villanus, und zwar auch mit dem verächtlichen Beigeschmacke, den das Wort damals längst angenommen hatte. So Comedy of Errors, III. 1, 77; Henry IV, Thl. I, II. 3, 16; Henry VI, Thl. II, III. 2, 271; IV. 2, 130; IV. 4, 33. Ganz im Sinne von Bauer, und zwar mit der in der Vorbemerkung angedeuteten ironischen Nebenbeziehung, steht aber das Wort in folgender Bemerkung Armados (Love's labours l., I. 2, 128): „I do love that girl that I look in the park with the rational hind Costard.“ Auf der Grenze zwischen dieser Bedeutung und der Bedeutung bäuerlicher Knecht, sicherlich aber ebenfalls wider mit jenem ironischen Beisaz, ist das Wort in Orlandos Klage (As you like it, I. 1, 20) gebraucht: „He lets me feed with the hinds.“ Endlich ganz unser Bediente bedeutet es an den beiden Stellen Romeo a. J., I. 1, 73 und Merry Wives, III. 3, 99. An lezterer Stelle liegt darin auch wider die angedeutete ironische Nebenbeziehung. Falstaff erzählt dort dem Ford: „Being thus crammed in the basket, a couple of Ford's knaves, his h i n d s, were called for their mistress, to carry me in the name of foul clothes to Datchet-lane.“ Der Falstaff der Lustig. Weiber ist der akademische Prügeljunge.

Das Wort Wäle hat im Englischen seine alte Bedeutung von hŷnd ganz verloren, weil es in England nicht weniger zur Verschmelzung des keltischen und germanischen Elements gekommen ist, wie in Frankreich. Eben diese Verschmelzung wird es auch bewirkt haben, daß man zur Bezeichnung der noch fortbestehenden Sache zu den abstracten Bezeichnungen hŷn und hŷnd, die in der Volkssprache noch fortlebten, zurückgegriffen hat. So wird es erklärlich, daß wir endlich im Englischen das Wort hŷnd widerentdecken, für dessen Existenz im Angelsächsischen zwar die Composita twŷ- u. s. w. hŷnde Zeugniß ablegen, das aber sonst spurlos verschollen scheint.

Digitized by Google

II.

Die Wesenheit des altsächsischen und angelsächsischen Adels vor dem Eintritt des Volks in die Königsherrschaft und während derselben.

Die Überschrift dieses Abschnitts scheint zu verheißen, ich würde zuerst die altsächsischen Verfaßungsverhältniße vor der Königsherrschaft besprechen, und erst hinterher diejenigen der angelsächsischen Königreiche. Ich constatire daher von vornherein, daß ich grade den umgekehrten Weg gehn werde, weil auf ihm beiweitem die meiste Aufhellung der älteren, und daher dunkleren Zustände unserer deutschen Sachsen zu erzielen ist.

Die Frage nach der Wesenheit des sogen. Uradels der Germanen ist von der deutschen Forschung unseres Jahrhunderts lebhaft erörtert. Eichhorn, dem Jac. Grimm und v. Savigny (RG. d. Adels, S. 6 u. 29) zugestimmt haben, bezeichnete die Fähigkeit zum Fürstenamte und zur Priesterwürde als die specifischen Vorrechte des german. Uradels; und v. Savigny selbst, der in einer nicht eben glücklichen Deduction nachzuweisen suchte, daß die principes der Germania des Tacitus unser Uradel seien, reihte daran als drittes wesentliches Vorrecht die Befugniß, eine Gefolgschaft zu halten. Diese Ideen haben sich in erheblichen Punkten als unhaltbar bewiesen; naturgemäß trat daher eine Gegenströmung ein, welche zwar die Existenz des Uradels anerkannte, demselben aber jede rechtliche, bez. politische Bevorzugung absprach, und jene Bedeutung desselben als politische Potenz, die in den Quellen so unleugbar evident hervortritt, aus lediglich socialer Eminenz zu erklären suchte. Als systematischen Vertreter dieser Ansicht möchte ich K. v. Maurer (Adel, SS. 5 ff.) bezeichnen.[1] Die Ansicht selbst aber scheint mir

[1]) Ganz ähnliche Ansichten sind aber schon vor v. Savignys Abhandlung über den Adel ausgesprochen. Vgl. z. B. Schrader (Die älteren Dynastenstämme zwischen Leine, Weser und Diemel u. s. w., Bd. I, Göttingen 1832, 8°, S. 2 f.) v. Savigny ist daher schon in der Lage gewesen, dieser Ansicht principiel zu

Digitized by Google

bedenklich widerspruchsvoll. Wenn ein Saz richtig ist in der mehr erwähnten savignyschen Abhandlung, so ist es der (S. 3) ausgesprochene, daß „nicht bloß das unbestimmte Wesen des Vornehmeren und Angeseheneren unter den Freien" den Adel macht, sondern das wirkliche besondere und bevorzugende Standesrecht. Ein Uradel in v. Maurers Sinne ist ein Unding; wer sich auf seinen Standpunkt stellend behauptet, aus den Quellen geht hervor, daß der Adel noch zur Zeit des Tacitus keine bevorzugenden Sonderrechte gehabt hat, der sagt damit zwar umschreibend, aber doch der Sache nach bestimmt, es hat keinen Uradel gegeben. Das haben denn auch später andere Gelehrte erkannt, die sonst aus den Quellen dieselben negativen Ergebniße betreffs der Vorrechte des germanischen Uradels herauslesen, wie v. Maurer. So zuerst Gaupp (Ansiedlungen, S. 116), der, offenbar angeregt durch die savignysche Theorie vom Gefolgschaftsrecht des Adels, eine eigene Hypothese von Entstehung des german. Adels aus der königlichen Gefolgschaft aufgestellt hat, auf die später kurz zurückzukommen sein wird. So ferner Thudichum (Der altgerman. Staat, Gießen 1862, 8°, SS. 76 ff.), Gierke (a. a. O., S. 35 u. S. 37 f., N. 38), v. Inama (a. a. O., S. 11 f. u. S. 58, N. 4)[1]), v. Sybel (a. a. O., SS. 128—132) u. a. Ms. Es steht es nun allerdings mit der Kritik im vollsten Einklange, wenn man das Schweigen der älteren Quellen über die Adelsvorrechte als zufälliges, und also nicht als Beweis dafür betrachtet, daß die Quellen darüber nichts zu berichten gehabt hätten; folgeweis komme ich daher auch von dieser Seite aus dazu, v. Maurers Theorie zu verwerfen, wenigstens so weit sie sich lediglich auf diesen Formalbeweis stüzt, und nicht zugleich auf gewiße speculative Combinationen, die grade ihr Hauptfundament bei v. Sybel und Gierke bilden. Glücklicher Weise brauche ich aber überhaupt auf die Streitfrage nicht einzugehn; denn für die Staten der deutschen Sachsen ist ebenso wie für diejenigen der englischen Angelsachsen die Existenz des Adelstandes als Rechtsinstituts quellenmäßig unwidersprechlich verbürgt. Unumgänglich dagegen ist auch für mich, die Ideen der neueren Forscher über die bewegenden Kräfte, welche bei Entstehung unseres Adels maßgebend gewesen sind, einer kritischen Beleuchtung zu

---

widersprechen, wie wir sogleich sehn werden. Noch heute aber vertritt denselben Standpunkt speciel für die Lex Saxonum Usinger (a. a. O., S. 34), und für die Lex Bajuvarior. Quitzmann (Die älteste Rechtsverfaßg. d. Baiwaren, Nürnberg 1866, 8°, S. 35).

[1]) Für die Zeit des Tacitus, für die v. Inama ja auch das agrarische Nivellement bestreitet, erkennt derselbe aber die Existenz des Adelstandes als entwickelten Rechtsinstitutes ausdrücklich an.

Digitized by Google

unterwerfen; denn es liegt auf der Hand, daß die beim Ursprunge entscheidend wirksamen Kräfte zunächst auch dem Inhalt der Wesenheit des Erzeugten praejudiciren mußten.

Da kann man denn sagen, die neuere Theorie geht dahin, der german. Uradel habe sich aus der Fürstlichkeit entwickelt; das eigentlich specifische Adelsrecht bestehe in der aktiven Befähigung zum Fürstenamte; von denjenigen Adelsgeschlechtern der geschichtlichen Zeit, die nicht mehr fürstenmäßig seien, müße angenommen werden, daß sie es in vorgeschichtlicher Zeit gewesen.[1]) Diese Idee, deren Hauptvertreter v. Sybel ist, legt auch Gierke seinen Andeutungen über den Ursprung des Adels zu Grunde, indem er (a. a. O., S. 37 f., N. 38) meint, der Adel habe sich in nachtaciteischer (?) Zeit dadurch allmälig zum geschloßenen Stande entwickelt, daß das Volk „freiwillig" die Wahl zu den Ämtern „auf die Nachkommenschaft der höher geehrten Männer" gelenkt habe, und dann noch hinzufügt: „Analogien für das Herauswachsen eines Geschlechtsadels aus demokratischer Verfaßung bieten zahlreiche Stadtgeschichten aller Zeiten und Völker." [2]) Dieser Theorie ist neuerdings auch Waitz beigetreten, wie v. Sybel (a. a. O., S. 135 f.) ausdrücklich hervorhebt. Waitz verwahrt sich allerdings (VG. I² 270 f.) gegen die Annahme, als sei es in geschichtlicher Zeit Grundsaz gewesen, daß in Staten, wo es Adelsgeschlechter gab — und in welchem Germanenstate wäre das nicht so gewesen? — die adlige Geburt ausschließliches Anrecht auf das Fürstenamt verliehen habe[3]); für die vorgeschichtliche Zeit aber macht er der neueren Theorie an zwei früheren Stellen bedeutende Zugeständniße. Zunächst erkennt er (S. 185) an, daß die Existenz von Adelsgeschlechtern in den ältesten Königreichen der Germanen neben dem Königsgeschlecht sich nur durch die Annahme erklären laße, daß aus diesen Geschlechtern ehedem die Fürsten der einzelnen Völkerschaften hervorgegangen seien, die später integrirende Theile des Königreichs geworden. Ferner aber bezeichnet er (S. 189) als „undenkbar", daß sich erst im Königreiche das Familienrecht eines bestimmten adligen

---

[1]) Speciel behauptet das v. Sybel (a. a. O., S. 217) von den 4 baierschen Adelsfamilien, die nicht herzoglich sind, und imputirt dieselbe Ansicht der „gesamten neueren Forschung". Das ist indeß ein Irrthum; Quitzmann bestreitet das (a. a. O., S. 34) ausdrücklich.

[2]) Auch Gaupp beruft sich für seine Hypothese vom Ursprunge des germanischen Adels auf Analogie!

[3]) Vgl. dagegen v. Sybel (a. a. O., S. 139, N. 1 u. S. 138 f.). Leztere Stelle richtet sich gegen Dahn, der (Könige, I. 23) jenen demokratischen Standpunkt noch unbedingter vertritt, wie Waitz.

Digitized by Google

Geschlechts auf die Vorstandschaft des Volks habe ausbilden können; schon vorher müße diese Rechtsordnung sich theilweis — und doch wohl nicht zu geringem Theile? — in den kleinen Statswesen ausgebildet haben, woraus später das Königreich entstanden ist.

v. Sybel, wie gesagt, der Hauptvertreter der in Rede stehenden Theorie, stüzt dieselbe (S. 132 f.) auf folgende Deduction:

„Erwägt man die damaligen Staats- und Culturverhältniße, und fragt sich, welche Lebensstellung einem Geschlecht die Möglichkeit geben konnte, . . . seinen Adel[1]), und vielleicht erlauchten Adel, anerkannt zu sehn; so wird man, denke ich, nicht wohl eine andere Antwort geben können, als die eine: . . . eine durch die Generationen fortgesezte Lenker- und Herrscherstellung, sei es an der Spize der Hundertschaft, sei es im Besize königlicher Macht über die ganze civitas. . . .

Welche Annahme kann wahrscheinlicher sein, als daß diejenigen Geschlechter adlig waren, welche das feste Anrecht auf die Besezung der Fürstenwürde in ihren Hundertschaften besaßen. Also das Recht eines Geschlechts, der Wahl der Hundertschaft die Bewerber um ein Fürstenthum zu liefern, dieses Recht, und nur dies, ist Quelle und Inhalt des german. Adels.“[2])

Mit so sicherem Tone auch v. Sybel seine Theorie vorträgt, ich zweifle doch ganz entschieden an ihrer Richtigkeit. Wir werden später sehen, daß man zu Karls d. Gr. Zeit den gefürsteten Adel als die primores und nobilissimi vom einfachen Adel als den nobiles schlechthin unterscheidet, wie auch Tacitus bereits eine „insignis“ nobilitas bei den Germanen neben der nobilitas schlecht-

---

[1]) Die Anerkennung des Adels ist nach v. Sybel das Anerkenntniß, daß die Abkunft des Geschlechts vom „Stammheros“ des Volks zweifellos sei. Dies Anerkenntniß, meint er nun, werde thatsächlich durch die Wahl zum Fürsten ausgesprochen. Ich kann mich auf die Kritik dieser sehr kühnen Hypothese nicht einlaßen, muß aber sagen, ich halte für viel wahrscheinlicher, daß die späteren Häuptlingsgeschlechter sich von vornherein, das heißt schon zu der Zeit, als die Volksgenoßenschaften, deren Fürstenthum sie später inne haben, sich bildeten, in dominirender Stellung befunden haben, daß, so zu sagen, diese Bildungen unter ihrem Scepter vor sich gegangen sind, als daß man später bei der Fürstenwahl nur wegen ihrer zweifellosen Abstammung vom Stammheros auf sie zurückgegriffen habe. Geschichtlich, nicht mythologisch betrachtet, was soll man sich denn auch unter dem „Stammheros“ vorstellen, wenn nicht den ursprünglichen Häuptling der Volksgenoßenschaft? Das aber weist darauf hin, daß Adel und Stat uno actu entstanden sind.

[2]) Diese Theorie hat schon Schrader (a. a. O.) für die Sachsen aufgestellt.

Digitized by Google

hin hervorhebt. Sollen wir uns etwa zu der Annahme zwingen, jene nobiles seien von den nobilissimi mediatisirt? Ich glaube nicht, daß dazu sich verstehn wird, wer grade die sächsischen Verhältniße reiflich erwogen. Dennoch aber ist mir zweifellos, daß v. Sybels Richtung in dieser Frage im ganzen nach vortrefflichem Compass gewählt ist; nur übersegelt er das Ziel, so daß versucht werden muß, das Schiff wider zum richtigen Punkte zurückzulotsen.

Waitz verlegt (a. a. O., S. 190) den Zeitpunkt, für den auch er die Gefürstetheit aller Adelsgeschlechter gelten laßen will, in das vorgeschichtliche Dunkel; in geschichtlicher Zeit dagegen, insbesondere z. Zt. des Tacitus, soll die ehemalige Gefürstetheit nur noch den Glanz der ihrer Fürstenwürde beraubten Adelsgeschlechter erhöhen. Er läßt also die Germanen gleich mit gefürsteten und nicht gefürsteten Adelsgeschlechtern in die Geschichte eintreten. Grade das aber bekämpft v. Sybel (S. 136 f.); just für die Zeit des römischen Historikers, von der ab ja auch Gierke erst die Entwicklung des Adelstandes datirt, soll seine Theorie gelten. Quellenmäßig, meint nun Waitz (S. 190) laße sich der Streit zu keinem Entscheid bringen; aber ich glaube, er irrt; die Frage ist allerdings streng quellenmäßig zum Entscheide in seinem Sinne zu bringen; und es wird sich dabei zugleich zeigen, daß — wie ich schon angedeutet habe — die sybelsche Theorie von Ursprung und Wesenheit des german. Uradels unhaltbar ist. Durchforschen wir ein Mal die taciteische Darstellung der german. Statsverfaßung, ob sich nicht eine Institution darbietet, geeignet, die gleichzeitige Existenz ebenbürtiger Adelsgeschlechter zu erklären, von denen die einen gefürstet, die anderen nur adlig schlechthin sind. Ich behaupte, eine solche Institution hat nach Tacitus ganz gewiß existirt, und noch dazu eine sehr hervorragende, das concilium civitatis, oder, wie ich es mit einem modernen Ausdruck für den berühmten angelsächs. Statsrath benennen will, das Witena Gemôt.[1])

Daß zur Zeit des Tacitus ein german. concilium civitatis existirt hat, sezt sein ausdrückliches Zeugniß (Germ., c. 11 u. 12) außer Zweifel.[2])

---

[1]) Der Ausdruck ist durchaus modern. Spelman kennt ihn noch nicht, und auch nicht Rapin de Thoyras. In die Stelle aus seiner Hist. d'Anglet., I. 139 f., welche Kemble (Sachsen, übers. von B., II. 7 f.) übersezt hat, hat ihn eben diese Uebersezung erst hineingetragen. Wer den Ausdruck eigentlich aufgebracht hat, weis ich nicht zu sagen; daß er aber gut erfunden ist, beweist schon seine vollständige Einbürgerung.

[2]) Selbst für Caesars Zeit nehme ich das mit Gierke (a. a. O., S. 30), Waitz

Digitized by Google

Anders steht es mit der Frage, ob wir uns dasselbe als Witena Gemôt zu denken haben. Dieser Kunstausdruck bezeichnet bekanntlich die magnatische Versamlung der späteren angelsächs. curia regis. In solchem Sinne die Bezeichnung auf das taciteische concilium civitatis anwenden zu wollen, wäre eine Lächerlichkeit ohne gleichen. Eine andere Frage aber ist, ob nicht der gesamte Adel, gleichviel ob gefürstet oder nicht, die hervorragende Stellung der Witan des Volks eingenommen hat in Thing- und Môt, d. h. im Parlament (concilium civitatis) und im Gericht. Die herrschende Theorie ruft mir hier allerdings ein einstimmiges Nein entgegen. Die Vorstellung von einer germanischen Urdemokratie, die sich schon Jahrhunderte lang durch die germanistische Literatur hinzieht, ist zunächst von juristischer Seite her durch die Theorien Jac. Grimms, Eichhorns und v. Savignys neu gefestigt; später aber hat sie durch die bereits im vorigen Abschnitt erwähnten neueren volkswirthschaftlichen Untersuchungen der altgerman. Agrarverfaßung noch eine andere sehr scheinbare Bestätigung erhalten. Gierke und v. Sybel entwerfen z. B. auf dieser neueren Grundlage ein Bild streng demokratisch individuellen Nivellements, das nicht bloß die Agrarverhältniße beherrscht, sondern schlechthin die gesamte sociale und politische Verfaßung. Ist es aber wirklich erlaubt, die agrarhistorischen Entdeckungen so systematisch zu verallgemeinern? Ich zweifle. Das agrarische Nivellement, selbst wenn es strictissime und wirklich grundsäzlich im ganzen Volke, mit einziger Ausnahme etwa seiner Oberhäupter, des Königs und der Fürsten, als Statsmaxime durchgeführt wäre — eine Thatsache, von der niemand wagen kann, zu behaupten, sie sei wirklich wißenschaftlich bewiesen —; selbst die folgerichtigste, grundsäzlichste Durchführung des agrarischen Nivellements, sage ich, könnte unmöglich die auch nur sehr annährungsweise Geltung desselben Princips auf den übrigen socialen und politischen Lebensgebieten des germanischen Urstates beweisen. Derselbe gehört einer Zeit an, welcher Ackerbau und

(VG. I.[3] 361 f.) u a. gegen v. Sybel (a. a. O., S. 100 f.) an. Seine Deduction, das concilium sei Neuerung, ist eine Hypothese, zu der ihn das ganze System seines Werkes nicht weniger gezwungen hat, wie zu der Hypothese von der Entstehung edler Geschlechter, die allmälig adlig werden, sowie von der — hier nicht interessirenden — Entstehung des Priesterthums u. s. w. Beiläufig möchte ich auch darauf aufmerksam machen, daß nach v. Sybels eigenen Mittheilungen (S. 58 f.) die vedischen Arier bereits ein concilium civitatis beseßen haben, dessen Zusammensezung vollkommen meinen Vorstellungen von der Zusammensezung des witena gemôt entsprochen hat. Vgl. ferner v. Sybel, S. 66 u. 95 f.

Digitized by Google

Landbesiz noch gering gelten, weil ihr eigentliches Handwerk Jagd und Krieg sind[1]); und die deshalb dem einzelnen „Hause“ gleichmäßig die Hufe anweist, die ihm die nöthige Ackernahrung für den Frieden gewährt. In solchen Zeiten bestimmen nicht Grundbesiz und Landbau den Werth des Mannes, sondern der Krieg Dem agrarischen Nivellement zum Troz, wird daher der Krieg in solchen Zeiten starke Verschiedenheiten unter der männlichen Bevölkerung begründen. Entzieht man aber der nivellistischen Theorie ihre neuere agrarhistorische Grundlage, so erscheint sie sofort aprioristisch construirt und hypothetisch, eigentlich wohl sogar nicht unbeeinflußt von der Theorie des contract social. Waitz u. a. haben freilich den Worten des Tacitus (Germ., c. 11): „Mox“, d. h. unmittelbar nach der Hegung des Things, „prout nobilitas, prout decus bellorum, prout facundia est, audiuntur,“ u. s. w. den förmlichen Quellenbeweis für die nivellistische Theorie entnehmen wollen. (Vgl. Waitz, VG., I,[3] 353, bes. N. 3); es giebt jedoch eine Auffaßung der Stelle, die umgekehrt zum entgegengesezten Ergebniß führt. Waitz selbst gesteht (S. 237), daß darin dem Könige oder Fürsten allein das Recht der Volksrede auf dem Thing beigelegt werde.[2]) Steckt hierin kein Adelsvorrecht?

---

[1]) Wenn die von v. Sybel (a. a. O., S. 25) in Bezug genommene Behauptung Sohms (Fränk. Reichs- und Ger.-Verf., S. 117 f.) richtig wäre, daß nach der Lex Salica noch „Grund und Boden“ „werthlos“ seien u. s. w. u. s. w., dann wäre die alte genoßenschaftliche Agrarverfaßung noch viel weniger im Stande, das allgemeine nivellistische System zu stüzen, das man darauf gebaut hat. Indeß Sohm hat in diesem Falle so evident die Natur der Sache wider sich, daß schon der Hinweis auf diese genügt, um seine seltsame Behauptung als Unmöglichkeit erscheinen zu laßen. Von vielen anderen höchst gewichtigen Einwendungen abgesehn, ist doch platterdings nicht zu erdenken, wie die Salfranken dazu kommen sollen, eine besondere Erbenordnung für die terra aufzustellen, wenn ihnen Grund und Boden in der That so werthlos gewesen wären, wie Sohm will.

[2]) An anderen Stellen zeigt er sich aber wider unentschieden. So sagt er (S. 170), gestüzt auf unsere Stelle: „Adel gehört zu den Eigenschaften, welche aufforderten, in der Versamlung zu reden;“ und S. 353, N. 3 läßt er durchblicken, daß „aetas, decus bellorum, facundia“ dieselbe Wirkung geäußert. Ich bin völlig außer Stande, die Worte „prout aetas cuique“ u. s. w. zu verstehn als: ja, überhaupt ein jeder, je nach Alter u. s. w. Tacitus denkt sich mehrere Fürsten im Thinge; er hat aber auch die — richtige — Vorstellung, daß sowohl ihr Ansehn, wie dasjenige der Könige verschieden ist je nach Alter u. s. w. „Audiuntur“ steht in unserem Saze im Sinne von: man hört auf sie; folgt ihnen. Man kann demnach auch nicht mit v. Inama (a. a. O., S. 59, N. 4) behaupten, die Jugendblüthe des Adels sei zur Zeit von Tacitus schon so verblüht gewesen, daß er ihm decus bellorum, facundia u. s. w. gleichstelle.

Digitized by Google

Haben wir nicht zu folgern: wie nur ihr Adel die Könige und Fürsten zu ihren Ämtern befähigen, so fließt auch dies ausschließliche Recht der Volksrede auf dem Thing seinem lezten Grunde nach aus jener Quelle? Auf den ersten Blick scheint es ja allerdings sehr einfach und leicht, jenes Rederecht als specifisches Fürstenrecht vom Adel ganz zu trennen. Das germanische Königs- und Fürstenamt der taciteischen Zeit ist ein Naturgebilde, ganz nach dem patriarchalen Muster der Haus-, Hof- und Grundherrschaft gestaltet; wenn also das Recht der Volksrede jener Zeit auf dem Thinge nicht allgemeines Volksrecht war, wie vielfach angenommen ist und wird, sondern nur den Regenten zustand, so brauchen wir wohl nur auf das patriarchale Urbild des Regenten zu blicken, um eine Erklärung für die Exclusivität zu haben, welche im großen Ganzen das demokratische Gepräge des Stats nicht beeinträchtigt. Verändert das Ding seine Physiognomie aber auch dann nicht, wenn wir weiter um uns schauen, wenn wir namentlich unseren Blick richten auf die Darstellung des Tacitus von der Besezung der germanischen Gerichtsbank? Ganz gewiß. Der nicht patriarchale, sondern durch und durch aristokratische, im Sinne einer fest gefugten Geburtstandverfaßung aristokratische Charakter der Beschränkung des Rechts zur Volksrede im Thing tritt dann unwidersprechlich zu Tage. Wir erkennen dann, daß — abgesehn von den Parteivorträgen — im Môt das Recht der Rede nur dem Adel zusteht, theils kraft seines fürstlichen Richteramtes, theils als Beistand (wita, sapiens) eben dieses Richters. Und wenn schon diese Analogie allein auf den angedeuteten Zusammenhang der Dinge hinweist, so besizen wir noch andere germanische, namentlich sächsische und angelsächs. Quellen, die jeden Zweifel darüber beseitigen, daß die adligen Witan im Thing wesentlich dieselbe Rolle spielen, wie im Môt; und daß also König und Fürsten im Thing, genau genommen, die Sprecher des Adels sind.

Die adligen Witan! Tacitus sagt am Ende von Germ., c. 12, über die Besezung der german. Gerichtsbank: „Eliguntur . . . principes, qui jura per pagos vicosque reddunt. Centeni singulis ex plebe comites consilium simul et auctoritas adsunt.“ Die fast unzählig oft commentirte Stelle[1]) wird heute von den besten Autoritäten so aufgefaßt, als ob Tacitus mit dem Zahlwort centeni die „Vollgenoßen“ der Hundertschaft, und damit diese leztere selbst, für die es damals noch keinen besonderen, namentlich keinen

[1]) Vgl. die Literatur bei Waitz, VG., I.[3] 219, N. 2, und bei Gierke a. a. O., S. 40, N. 1.

Digitized by Google

territorialen Namen gegeben habe, bezeichnen wolle. (Vgl. Gierke, a. a. O., S. 40 f., bes. auch S. 41, N. 7).[1]) Auf diese Weise kommt man dann zu dem demokratisch nivellistischen Grundsaze: in den Germanenstaten taciteischer Zeit habe das Urtheil der „Gemeinde" (in der Versamlung der Hundertschaft, als der eigentlichen Gerichtsversamlung) zugestanden. Ich behaupte dagegen, die centeni comites sind keineswegs die Gemeinde selbst, sondern die Witan des Stats, der nicht gefürstete Volksadel. Und ich behaupte ferner, auf der Witanstellung, welche ihm Tacitus hier zuschreibt, beruht die politische Bedeutung des Adels; sie ist das Fundament des Adelstandes als Rechtsinstitut; aus ihr erklären sich auch alle Adelsvorrechte, insonderheit sein theilweis exorbitant hohes Wergeld, und sein Aufsteigen zur Fürstenwürde.

Der Kernpunkt der von mir angefochtenen Interpretation des Schlußsazes von Germ., c. 12 ist die Annahme, Tacitus habe sich des Wortes centeni bedient zur Bezeichnung der hundertschaftlichen Vollgenoßenschaft, und damit der Hundertschaft, statsrechtlich betrachtet, selbst. Fällt dieser Saz, so ist die ganze Auslegung hinfällig, weil wir dann gezwungen werden, die centeni für einen bloßen „Gemeindeausschuß" zu nehmen; ein Verhältniß, das Tacitus doch auch durch den Zusaz „ex plebe" anzudeuten scheint. Wir sind aber nicht bloß in der Lage, jene Deutung des Wortes centeni als Unterstellung aufzudecken, welche der wirklichen Meinung des Tacitus ganz entgegen ist, sondern der desfallsige Beweis wird uns auch zu dem positiven Ergebniß führen, daß — um den sachlich völlig unpassenden Ausdruck vorläufig noch ein Mal zu gebrauchen — der „Gemeindeausschuß" der centeni eine ständige Einrichtung ist. Damit ist dann schon ein bedeutender Schritt zum Witaninstitut gethan. Den Gegenbeweis gegen die angefochtene Auffaßung der centeni liefern zwei Säze aus Germ., c. 6, die u. a. schon Gaupp (Ansiedlungen, S. 145 f.) mit ganz ähnlichem Erfolge wie ich zur Aufhellung des Schlußsazes von c. 12 herangezogen hat, und die schon damals zu meinem Endergebniß hätten führen müßen, wenn Gaupp auch noch Germ., c. 13 in die Debatte gezogen hätte, anstatt sich mit der Combinirung von c. 6 und c. 12 zu begnügen. Die entscheidenden Säze des c. 6 lauten: „In universum aestimati, plus penes peditem

[1]) Vgl. ferner Waitz, a. a. O., S. 218 f. und v. Sybel, a. a. O., SS. 100; 113; 371 ff. Beide meinen dasselbe wie Gierke, drücken es aber nicht so klar aus. Gierkes Auffaßung kehrt auch bei Thonissen wider, wenn er (a. a. O., S. 374) sagt: „Les rachimbourgs étaient à la fois les juges et les guerriers de la centaine." Vgl. auch S. 58.

Digitized by Google

roboris; eoque mixti proeliantur, apta et congruente ad equestrem pugnam velocitate peditum, quos ex omne juventute delectos ante aciem locant. Definitur et numerus, centeni ex singulis pagis sunt, idque ipsum inter suos vocantur; et quod primo numerus fuit, jam nomen et honor est.“ Hier wird das Wort centeni zur Bezeichnung eines bestimmten Heerestheiles, der Spize des Heereskeiles (Arnold, Urzeit, S. 293) gebraucht; denn, man lege die beiden Säze aus, wie man will — und davon wird alsbald zu reden sein — unbestreitbar bleibt stets, daß das „Definitur et numerus“ u. s. w. unmöglich von allen einzelnen Abtheilungen des Heeres (Arnold, a. a. O., S. 288) verstanden werden kann, sondern nur von demjenigen Truppentheile, der „ante aciem“ steht.[1]) Wenn also Tacitus hier berichtet, ein bestimmter Heerestheil, die Elitetruppe, habe den Ehrennamen Hundertschaft (alemann. huntari) geführt, so ist es ms. Es. undenkbar, daß er c. 12 denselben Namen zur Bezeichnung des ganzen Volksheeres, d. h. eben der „Vollgenoßen“ der Hundertschaft, gebraucht haben sollte.

Die absolute Identität der centeni des cap. 6 mit denjenigen des cap. 12 ist hiernach ms. Es. unwidersprechlich.[2])

Was sind denn aber die „ante aciem locati“ bei Lichte betrachtet? Ich behaupte mit aller Bestimmtheit die fürstliche, bez. königliche Trûst, welche gänzlich aus adligen Achsel- oder Nothgestalden besteht.[3]) Leztere Thatsache läßt sich auch aus der Germania sehr bestimmt nachweisen; vorzugsweis aber soll uns

---

[1]) Vgl. Waitz, VG. I.[3] 220 f., bes. N. 2 und die dort angeführte Literatur. Nach Waitz soll Tacitus hier wider Misverstandnes berichten. Wenn das aber auch so wahr wäre, wie es nachweislich unrichtig ist, so bliebe meine Beweisführung doch intact.

[2]) Daß diejenigen centeni, von denen c. 6 spricht, als „ex singulis pagis“, die des c. 12 als „ex plebe“ stammend bezeichnet werden, wird gewiß niemand als Gegenbeweis gegen die Identität geltend machen wollen. Im Gegentheil sprechen diese Abstammungsbezeichnungen ms. Es. auch ihrerseits entscheidend für die Identification, da beide offenbar dasselbe besagen.

[3]) Vgl. Waitz, VG. I.[3] 400 f., sowie Hildebrand, Beiträge z. Sittengesch. d. Mittelalters (Pfeiffers Germania, X), SS. 137—143, bes., S. 138. Den Ausdruck „Nothgestalde“ (Schade, Altd. Wörterb., 2. Aufl., S. 659, s. v. nôtgistaldo) weist Uhland, Schriften z. Gesch. d. Dichtung u. Sage, I. 256, N. 2, in 5 verschiedenen Fällen nach. Nothgestalde ist nur ein anderer Ausdruck für das ags. eaxlgestealla. Das Wort bezeichnet keineswegs, wie Leo (Beôw., S. 66, N. 1) behauptet, und ihm folgend Waitz (a. a. O., S. 391, N. 3) annimmt, denjenigen Gefolgsmann, dem es gestattet ist, dem dryhten an die Achsel heranzutreten, sondern den Gefährten, der einem in der Noth nicht von der Achsel, d. h. von der Seite, weichen darf.

Digitized by Google

das Beówulflied darüber unterrichten, das grade in diesem Punkt anerkanntermaßen voll beweiskräftig ist.[1]) Die Thatsache aber, daß die centeni des c. 6 und c. 12 die adlige Trûst des Fürsten oder Königs bilden, führt gradeswegs zu dem Schluße, daß der volljährige Adel von Rechts wegen im Volke die hochbedeutende Stellung der Witan einnimmt.[2])

Dieser Schluß wäre allerdings unmöglich, wenn es wahr wäre, was v. Sybel (a. a. O., S. 75 f., bes. S. 76, N. 2)[3]) als ausgemacht hinstellt, daß nämlich unter den centeni des c. 6 lediglich das Fußvolk der Elitetruppe, und nicht vielmehr die ganze Elitetruppe gemeint sei. Indeß abgesehn von der syntaktischen Construction, läßt die Darstellung des Tacitus sachlich keinen Zweifel darüber aufkommen, daß Fußvolk und Reiterei des Elitecorps eine taktische Einheit bilden, deren taktische Aufgabe, Durchbrechung des feindlichen Heeres, uns auch recht wohl bekannt ist. Vergegenwärtigt man sich nun zugleich — und der Saz „Definitur et numerus" u. s. w. drängt förmlich dazu — daß der Ausdruck Hundertschaft als nicht territoriale, sondern persönliche Bezeichnung durchgehends in der

---

¹) Vgl. z. B. Waitz, a. a. O., S. 400, N. 3, und Gierke, a. a. O., S. 95, N. 32.

²) Nicht durch die fürstliche, bez. königliche Gefolgschaft wird der Adelstand erst künstlich ins Leben gerufen, wie Gaupp (Das alte Gesez der Thüringer, S. 98, und dann Ansiedlungen, SS. 115—126) nachweisen will; sondern der Adel ist in Krieg und Frieden Fürstengenoße, weil er eben mit dem Fürsten zusammen an der Spize der Volksgenoßenschaft (in Folge praehistorischer Einflüße) steht. Meistens wird übrigens grade umgekehrt die königliche Gefolgschaft als der Ruin des Geburtsadels aufgefaßt, so z. B. von Gierke, (a. a. O., S. 117 f.) und v. Bethmann-Hollweg (German.-roman. Civilprocess, I. 89 f.). Auch die leztere Ansicht, die für eine gewiße, durch das Beówulflied gekennzeichnete Übergangszeit überdies völlig unhaltbar ist, trifft indeß ms. Es. das Richtige nicht. Der Königsdienst hat unfraglich neuen Adel (Dienstadel) erzeugt; aber nichtsdestoweniger sind die uralten Adelsgeschlechter, so weit sie nicht ausgerottet sind, bestehn, und von großem Einfluß geblieben.

Gemeiner (Centenen, SS. 77 f. und 88 ff.) hat über die politischen Grundlagen des Adelstandes schon Ideen geäußert, die den oben im Text dargelegten sehr nahe kommen. Dazu hat dann Waitz (Principes; in Forschungen z. deutsch. Gesch., II. 397) bemerkt, man brauche das nur anzuführen, „um es als unberechtigte Combination hinzustellen." Es wird sich zeigen, daß meine Beweisführung sich stark auf das Beówulflied und den Hêljant stüzt; ich fürchte daher eine solche Abweisung um so weniger, als mein Beweis, so weit er der Germania entlehnt ist, wesentlich anders fundirt ist, wie der gemeinersche.

³) v. Sybel stüzt sich dabei auf gewiße Vorgänger, derentwegen ich auf Waitz (VG., I². 220, N. 2 u. 408, bes. N. 5) verweise. Waitz selbst steht in der Controverse durchaus auf meiner Seite.

Digitized by Google

abstracten Bedeutung von Schar gebraucht wird; so wird man sich schwer zu der Meinung bewegen laßen, daß hier der Name Hundertschaft nur einem Theil der Schar, wenngleich — nach Tacitus — dem taktisch wichtigsten, beigelegt sein sollte. Es bleibt schlechterdings somit nur die Möglichkeit, die Bezeichnung centeni nicht bloß auf die pedites, sondern auf die Gesamtheit der „mixti, quos ante aciem locant" zu beziehn. Nun ist doch aber gewiß nichts wahrscheinlicher, als die Vermuthung, welche Arnold (a. a. O., S. 286) ausspricht: „Wie zu allen Zeiten wird auch in der Urzeit die Reiterei vorzugsweis aus den reicheren und angeseheneren Geschlechtern, also aus dem Adel, hervorgegangen sein."[1]) Hier, nur hier an der Heeresspize also treffen wir den Adel; denn nur hier findet sich nach Tacitus Reiterei; hier haben wir folglich auch den König oder Fürsten zu suchen, der oft genug die eigentliche Spize des Heeres gebildet, eben davon z. Thl. mit den Namen Fürst erhalten haben dürfte. Arnold sagt (a. a. O., S. 293): „An die Spizen," scil. der 3 Phalangen der german. Schlachtordnung, „die aus je 1 oder 2 Mann gebildet wurden, stellte man in der Regel die stärksten Leute." König Beówulf ist (nach Beôw., v. 379) ebenso wie der Siegfried der Nibelungen durch ganz außerordentliche Stärke ausgezeichnet. Byrhtnoth wird, wie wir im vorigen Abschnitt gesehn haben, gerühmt, als Anführer stets der Vorderste im Kampfe gewesen zu sein. Mit solcher Stellung der Könige und Fürsten im Heere stimmt auch vollkommen überein, daß Tacitus, Germ., c. 14, sie allein des Sieges wegen kämpfen läßt[2]); und — um den sagenhaften „Volksheros" hier nochmals zu verwerthen — auch er weist deutlich auf eine solche Stellung des alten Häuptlings einer vorgeschichtlichen Volksgenoßenschaft hin.

Die centeni des cap. 6 sind also ganz gewiß die Leute der königlichen, bez. fürstlichen Trûst, die vorzugsweis aus diesem Grunde im Beówulf mehrfach „eaxlgesteallan," in den kentischen Gesezen und den westsächsischen Ines aber gesîðas, d. h. Kriegsgefährten genannt werden. Auf sie, welche ja auch c. 12 a. E. ausdrücklich

[1]) Waitz (a. a. O., S. 408) scheint das nicht gelten laßen zu wollen. Jedenfalls steht aber so viel fest, daß Arnolds Vermuthung, welche die ganze spätere Entwicklung für sich hat, durch kein positives Quellenzeugniß widerlegt wird.

[2]) Wenn ich Roth (Beneficialwesen, S. 28 f.) richtig verstanden habe, so leugnet er, daß die Trûst im Heere einen besonderen taktischen Körper gebildet. Germ., c. 14 beweist jedoch ms. Es. das Zutreffende meiner Darstellung schon für die taciteische Zeit, namentlich sobald man die in der folgenden Note darzulegenden Gründe für Identification der comites des c. 14 mit den centeni des c. 6 gehörig in Anschlag bringt.

Digitized by Google

als fürstliche „comites“ [1]) bezeichnet, bezieht sich auch, was Tacitus in dem bereits erwähnten 14. Capitel der Germania von der Pflicht der „comites“ für ihren König zu kämpfen meldet.

Ich will daran endlich noch einen Denkspruch reihen, der einer angelsächs. Spruchsammlung entlehnt ist, deren chronologische Bestimmung ms. Ws. bisher noch nicht möglich gewesen ist. Er ist kurz und gedrungen in seiner Faßung, daher auch im Wort- und Sachverstande nicht leicht; wenn es mir aber gelungen ist, in beide einzudringen, so bestätigt er nicht nur meine Auffaßung der centeni des Tacitus in erwünschtester Weise, obwohl er eine erhebliche Veränderung in der taktischen Formation erkennen läßt, sondern wird der vorliegenden Untersuchung im Ganzen auch sehr förderlich sein, z. Thl. in den beiden folgenden Abschnitten dieser Abhandlung eben dadurch, daß er den Einblick in jene Veränderung der taktischen Formation gewährt. Der Spruch lautet (nach Wülcker, Kl. ags. Dichtungen, S. 45, v. 63 f.): „Eorl skeal on eos (= eohes, equi) boge, worod (= werod, weorod, weored) skeal getrume rîdan, fäste fêða stondan.“ Die Worte „on eos boge rîdan“ sollen nach Leo (Glossar, s. v. eorl) besagen: „auf Rosses Rücken reiten.“ Das ist indeß rein unmöglich; auf Pferden reiten auch die Reisigen (werod), von denen gesagt wird, sie sollten „getrume rîdan.“ Die Bezeichnung „on eos boge“ muß eine Auszeichnung des Eorl vor dem „werod“ andeuten, und somit zu getrume im Gegensaz stehn. Dieser Gegensaz ist auch sofort erkannt, sobald man das getrum für die pedites electi des cap. 6 nimmt. Mit den Worten „on eos boge“ kann nämlich sehr wohl gemeint sein, an Rosses Rücken, d. h. so daß der Reiter nicht bloß selbst zu Pferde sizt, sondern auch einen Pferderücken zur Seite hat, d. h. nicht „getrume“ reitet, wie das werod, sondern in einer Reiterschar. Es liegt auf der Hand, daß dieser Gegensaz auf vorgeschrittene Ausbildung des Ritterwesens hindeutet; und da diese an sich sehr wahrscheinlich ist, so glaube

[1]) Die Annahme, Tacitus rede hier von einer anderen Art von comites, wie cap. 13 u. 14, muß ebenso zurückgewiesen werden, wie die ältere Behauptung, er gebrauche das Wort princeps in doppeltem Sinne. Daß Tacitus die centeni in cap. 6 noch nicht als „comites“ kennzeichnet, hat seinen Grund darin, daß er dort nur ein theoretisch abstractes Bild von der german. Schlachtordnung geben will. Seine zusammenhängende Darstellung des Comitatswesens beginnt erst mit dem Schlußsaze des cap. 12. Eben dieser sachliche Zusammenhang dieses Schlußsazes mit c. 13 u. 14 ist auch ein formaler Beweis für die Identität der comites an allen drei genannten Orten. Die Widerholung der Bezeichnung centeni mit dem Zusaze ex plebe im Schlußsaze von cap. 12 soll aber dem Leser offenbar verständlich machen, daß es sich hier um dieselben Leute handelt, wie in cap. 6.

Digitized by Google

ich, daß meine Auffaßung der Worte „on eos boge" richtig ist, und überseze demnach: „Der Eorl soll Ross an Ross, die Schar der Reisigen im Haufen reiten, das Fußvolk aber festen Stand halten," d. h. nicht weichen. Die Abweichung dieser taktischen Ordnung von Tacitus besteht nur darin, daß die Eorls bereits eine festgeschloßene, ritterliche Reiterschar bilden, welche den centeni electi des Tacitus vorauf reitet; aber diese electi sind noch immer vorhanden; sie bestehn aus dem berittenen werod, zu dem z. B. der horswealh gehört, und dem getrum, satellitischen geharnischten[1]) Fußkämpfern, deren schon das Beówulflied (v. 923) gedenkt. Beide lezteren gehören auch noch zur eigentlichen Trûst des Königs.[2]) Wir kennen auch aus dem Beówulfliede den besonderen angelsächs. Namen dieser lezteren, sowie der ersteren höheren Abtheilung der Trûst, welche in unserem Spruche grade so wie im Beówulfliede die Eorls einnehmen; die erstere Abtheilung nennt das Epos geogoð (engl. youth, juventus), die Abtheilung der Eorls „duguð" (engl. doughtiness, virtus). Den übrigen Theil des Heeres, den eigentlichen Heerhaufen, bezeichnet der Spruch als fêða (mascul.), d. h. als das Fußvolk schlechthin. Allgemein ist man nun der Ansicht, die wirkliche Stärke des german. Heeres habe eben der fêða ausgemacht. So weit man sich dabei auch auf das oben mitgetheilte Urtheil des Tacitus bezieht, daß durchschnittlich das german. Fußvolk in der Schlacht mehr wirke, wie die Reiterei, kann ich diese Meinung indeß nicht für begründet halten. Jenes Urtheil läßt ja völlig unentschieden, was die eigentliche Spize der Phalanx im Verhältniß zum sonstigen Heereskörper für den Angriff und Kampf bedeute. Unser Spruch aber, der vom fêða nichts weiter verlangt, wie mannhaftes Standhalten, geht von der Vorstellung aus, daß die Elitetruppe der centeni die eigentliche Kriegsarbeit, welche dem Volke Wohnsize und Nahrung verschafft, verrichte, und daß ihr der fêða nur als Stüzpunkt diene.

Das ist eine Thatsache von großer Bedeutung auch für die Rechtsgeschichte. Sie erklärt in einfachster Weise, daß die centeni, insbesondre die dazu gehörigen Eorls, die Leitung des Volks um so sicherer in der Hand haben, die eigentliche Volksmasse um so mehr überragen mußten, je näher man noch dem Wirtschaftssystem

[1]) Trum als Adjectiv bedeutet gerüstet. Das getrum hat also sicherlich seinen Namen davon, daß es stark und gerüstet, d. h. geharnischt ist.

[2]) Als königliche Trûst erscheint auch das getrum in der bezeichneten Stelle des Beówulfliedes. Zum getrum gehören sicherlich ebenfalls viele litische Elemente.

Digitized by Google

der Urzeit stand, dessen brutaler, den gesitteten Fleiß verachtender Wahlspruch lautete: „pigrum, quin imo iners videtur, sudore adquirere, quod possis sanguine parare.“ (Germ., c. 14 a. E.)[1])

Ich habe in vorstehender Bemerkung ausdrücklich einen Unterschied zwischen den eigentlichen Eorls und den übrigen centeni gemacht; denn daß schon die taciteische Zeit den Unterschied zwischen der Duguð und Geogoð der königlichen, bez. fürstlichen Trûst gekannt hat, sezt Germ., c. 13 außer allen Zweifel.[2]) In der Duguð, der im Beówulfliede die Rolle der königlichen Witan zugetheilt ist, suche ich nämlich die eigentlichen Witan, und laße mich davon auch nicht durch den Umstand abhalten, daß nach dem Schlußsaze von Germania, c. 12 die Gesamtheit der centeni ihrem Richterfürsten als consilium und auctoritas beistehn. Im Gegentheil behaupte ich, daß bei sorgfältiger Erwägung die dortige Unterscheidung von consilium und auctoritas für mich spricht.[3]) Nachweislich hat nicht

---

[1]) Daß das höhere Adelswergeld im allgemeinen mit der hervorragenden militärischen Bedeutung der centeni zusammenhängt, ist mir zweifellos. Wenn später, namentlich bei den Franken, die Sache dagegen den Anschein gewinnt, als wären Königsdienst und Königsschuz die Quellen adligen Wergeldes, (vgl. z. B. Roth, Beneficialwesen, SS. 124—126, wo trustis dominica sogar als der Schuz, den der König gewährt, gedeutet wird), so erklärt sich das daraus, daß die Frankenkönige in ganz anderer Weise, viel autokratischer über die Aufnahme in die Trûst verfügten, wie ihre Vorgänger, die alten Volkskönige. Ich vermuthe aber sogar bestimmten Zusammenhang zwischen der Proportion des Adelswergeldes zu den Wergeldern der beiden unteren Classen und dem im Texte angedeuteten Einfluß. Bei den unruhigen Sachsen und den Wessexern, sowie bei den kriegerischen Franken ist das Adelswergeld am höchsten; eine Thatsache, die namentlich stark absticht gegen das fries. Adelswergeld, aus dem das kentische hervorgegangen zu sein scheint. Die Friesen sind aber auch viel eher seßhaft geworden, wie die Sachsen. (Vgl. v. Inama, a. a. O., SS. 14—17). Vermuthlich würden wir den Sachsen und Franken auch die Langobarden anzureihen haben, wenn wir genügende Kenntniß ihres Wergeldsystems hätten. Auf alle Fälle bleibt aber doch der Zusammenhang der Dinge in dieser lezteren Frage undurchdringlich dunkel. Und zwar auch dann, wenn er nicht erst noch künstlich durch Hypothesen verwirrt wird, wie die ms. Es. völlig unzuläßige merkelsche von Erhöhung des sächs. Adelswergeldes durch Karl d. Gr. (Vgl. darüber Waitz, VG. III², 130, N. 1 u. 149, N. 1).

[2]) v. Maurer hat (Krit. Überschau, II. 398) diesen urwüchsigen Unterschied übersehn.

[3]) Meine überkünstelte Erklärung von consilium und auctoritas, Schöffenger., SS. 46 ff., laße ich ganz fallen. Die nachfolgende stimmt in der Auffaßung jener beiden Worte ganz mit Waitz (VG., I³, 255) überein, und weicht nur darin von diesem ab, daß sie das consilium ausschließlich der Duguð überträgt, die auctoritas hauptsächlich der Geogoð. Vgl. zu der Stelle auch Gierke, a. a. O., S. 43, N. 15; v. Sybel, a. a. O., S. 113 f., sowie die von Waitz, a. a. O., S. 358, N. 1 u. S. 255, N. 3, angeführte Literatur.

Digitized by Google

bloß die Duguð, sondern auch die Geogoð ihren Fürsten, bez. König zu Thing und Môt begleitet (vgl. v. Sybel, a. a. O., S. 232, und die dort angezogene Stelle, Beda, III. 1); insofern ist es also vollkommen correct, daß Tacitus, a. a. O., eben die Gesamtheit der centeni erwähnt. Das aber schließt nicht aus, daß die beiden Abtheilungen der centeni ungleichen Antheil an der auctoritas und dem consilium haben; und daß dem wirklich so ist, müßen wir sogar unbedingt annehmen, obwohl Tacitus davon schweigt. Die beiden Worte consilium und auctoritas zwingen uns allein schon dazu. Was das erstere bedeuten soll, kann höchstens insofern zweifelhaft sein, als man nicht sieht, ob Tacitus damit einen formulirten Urtheilsvorschlag, oder einen formlosen auf Sachkunde gestüzten Rath meint; da er aber das jus reddere dem Fürsten selbst beilegt, kann er wohl nur das leztere meinen, dem auch das allgemeinere consilium vollkommen entspricht. Unter der auctoritas dagegen versteht Tacitus offenbar den äußeren, in lezter Instanz physischen Zwang zur Unterwerfung unter das richterliche Machtgebot. Fällt hiernach das consilium naturgemäß dem reiferen Alter, also der Duguð zu, als dessen Organ sie, wie gesagt, auch im Beówulfliede fungirt, so ist andererseits die Erwirkung der auctoritas die naturgemäße Aufgabe der jugendlichen satellites, der Geogoð. In der That würde sich auch aus den Heiligenlegenden merowingischer und karolingischer Zeit eine stattliche Anzahl von Beispielen beibringen laßen, wo die satellites durch actives Einschreiten die „auctoritas“ des Richters wahren. Es liegt jedoch nicht in den Anschauungen der german. Urzeit, die alten Haudegen der Duguð von der aktiven Wahrung der auctoritas vollkommen auszuschließen; und so ergiebt sich auch noch ein praktischer Grund dafür, daß der manierirt kurze Tacitus consilium und auctoritas schlechtweg der Gesamtheit der centeni beilegt.

Gehn wir nun einen Schritt weiter.

Die Identification der centeni von cap. 6 und cap. 12, sowie die weitere Identification beider mit den fürstlichen, bez. königlichen „comites“, zwingt unweigerlich, auf die centeni auch den folgenden Saz des cap. 13 zu beziehn: „Insignis nobilitas aut magna patrum merita — selbstverständlich als Krieger — principis dignationem etiam adolescentulis assignant; ceteris robustioribus ac jam pridem probatis aggregantur“ u. s. w. Damit aber gewinnen wir unmittelbar einen statsrechtlichen Grundsaz, dem schon Gaupp (Ansiedlungen, SS. 155—159), namentlich aber v. Sybel (a. a O, S. 234 f.) auf der Spur gewesen sind, dessen richtige Formulirung aber bisher vornehmlich an dem Umstande gescheitert ist, daß man bei Besprechung

Digitized by Google

der fürstlichen Gefolgschaft so gut wie ganz, bei dem in Rede stehenden Punkte sogar wirklich ganz, die wichtige Unterscheidung von Duguð und Geogoð außer Acht gelaßen hat. Die Worte „principis dignationem assignant" und „ceteris robustioribus ac jam pridem probatis" enthalten nämlich den statsrechtlichen Grundsaz, daß der Eintritt in die Duguð ipso jure den Eintritt in die fürstliche, d. h. adlige Wergeldclasse zur Folge hat; und außerdem läßt der ganze ausgehobene Saz des cap. 13 mit absoluter Sicherheit erkennen, daß keine andere Pforte wie eben nur der Eintritt in die Duguð den Weg zur Adelswergeldclasse öffnet. Ist das wahr — und ich hoffe den Beweis dafür voll zu erbringen — so ist zugleich und unmittelbar gewiß, daß das germanische Recht ein absolutes Geburtsrecht des Adels nicht kennt, sondern der adligen Geburt nur die Wirkung einer Anwartschaft auf das Adelsrecht beilegt, das aber selbst erst noch durch den besonderen Act des Eintritts unter die Witan des Stats, also durch hervorragende Betheiligung am politischen Leben der Nation, erworben werden muß.[1])

Nun mein Beweis. Daß die „ceteri robustiores ac jam pridem probati" die Duguð bezeichnet, bedarf keines weiteren Beweises. Stünde robustiores allein, so könnte die Rede davon sein, mit Roth (a. a. O., S. 12), bloß an einen für uns vollkommen ergebnißlosen Gegensaz zu dem vorhergehenden adolescentuli zu denken; aber robustiores et jam pridem probati gehört zusammen; und das leztere Epitheton wäre selbst dann entscheidend, wenn auch Tacitus nicht schon kurz darauf das bekannte „gradus quin etiam ipse comitatus habet" folgen ließe. Schwieriger liegt die Frage betreffs des „principis dignationem assignant." Man gesteht ja allerdings, wie wir oben gesehn haben, die unleugbare Thatsache zu, daß Tacitus bereits ein wirkliches Wergeldsystem unter den Germanen kennen gelernt habe; aber daß principis dignatio Fürstenwergeld, d. h. Adelswergeld bezeichnen könne, hat noch niemand zu behaupten gewagt. Roth z. B., dessen Auffaßung im Ganzen zur Herrschaft gelangt ist, wie man sich aus Gierke (a. a. O., S. 96, N. 43), Waitz (VG. I². 284), v. Sybel (a. a. O., S. 126, N. 1) u. a. überzeugen kann; Roth kommt (a. a. O., S. 14) auf Grund eingehender, wie sich aber zeigen wird, dennoch nicht erschöpfender Erörterung der Begriffe dignatio (a. a. O., S. 14 f.) und assignare (S. 13 u. S. 14, N. 78) zu dem Schluß, dig-

[1]) Die Richtigkeit der Säze vorausgesezt, sollte dann nicht doch etwas Wahres an der eichhorn-savignyschen Ansicht (v. Savigny, RG. d. Adels, S. 16 f.) sein, daß die Bezeichnung der Lex Salica „homo in truste dominica", und das spätere antrustio wirkliche Adelsbezeichnungen sind?

Digitized by Google

nationem assignare bedeute huldreich eine Ausnahme machen, und principis solle sagen, der Fürst sei eben derjenige, von welchem der Act der Huld ausgehe. Warum kann denn aber dignatio in unserer Stelle nicht dieselbe Bedeutung haben, wie in der früher besprochenen, von Roth aber grade übersehenen Stelle des cap. 26, nämlich die Bedeutung von aestimatio? Ich dächte doch, grade zu dieser Bedeutung passte auch das verb. assignare recht gut, dessen Anwendung in unserer Stelle die rothsche Erklärung zur unbeholfenen Holprichkeit macht. Über die Bedeutung des Zeitwortes brauchen wir nicht erst weit zu suchen, grade sein einfacher Grundbegriff „durch ein Zeichen oder Merkmal angeben, daß jemandem etwas zukommen soll“, giebt hier den besten Aufschluß. Das Merkmal, wodurch in unserem Falle die assignatio erfolgt, ist eben die Aufnahme in die Duguð, die vermuthlich durch besonderen Helmschmuck ausgezeichnet wird.[1]) Der assignirte Gegenstand aber ist in unserem Falle die dignatio principis, das Fürsten-, d. h. Adelswergeld.

Es ist keine hypothetische Combination, die mich zu dieser Auffaßung des principis dignationem assignare geleitet hat, sondern ich stehe dabei auf sehr festem Boden. Im Beówulfliede werden König, Eorl und Äðeling — leztere beiden Bezeichnungen gebraucht der Dichter promiscue — als vollkommen ebenbürtig behandelt.[2]) Das ist ein Rechtszustand, der mit Bestimmtheit auf die Gleichheit des Fürsten- und Adelswergeldes schließen läßt.

Mit Gierke und v. Sybel betrachte ich als zweifellos, daß der ausgehobene Saz des cap. 13 von der Wehrhaftmachung von Jünglingen spricht, die dem Knabenalter noch nahe stehn. Solche Jünglinge, sagt Tacitus, werden ausnahmsweis in die Duguð einge-

[1]) Das würde die Wahl des verb. assignare hier noch in besonders plastischer Weise erklären. Die königlichen „Recken“ sind ohne Zweifel auch im Volke durch fürstenmäßige Ehrenbezeugung ausgezeichnet; wer also der principis dignatio eine solche Deutung geben will, weil ihm die meinige, namentlich für römische Leser, zu specifisch germanisch erscheint, oder aus welchem Grunde er sonst will, mag es thun; auf dieselbe S a c h e läuft es schließlich doch hinaus.

[2]) Die Thatsache ist von A. Köhler (German. Alterthümer im Beów. — Pfeiffers Germ., XIII. 152) quellenmäßig erwiesen. Vgl. auch ebendas., S. 147.

Beiläufig mag hier noch folgender Punkt berührt werden. Waitz sagt (VG. I³. 372) ganz richtig, die Gemeinde habe dem Fürsten keine Gefolgschaft gestellt. Es wäre ein Irrthum, wollte man aus meiner Darstellung die entgegengesezte Ansicht herauslesen. Eintritt und Aufnahme in die fürstliche Trûst sind durchaus freie Willensacte; aber zugleich auch solche, die unter starkem Einfluß der Sitte und Verhältniße stehn. Namentlich kam dabei das „in pace decus in bello praesidium“ stark ins Spiel.

stellt, sofern es selbst Fürsten- oder Königssöhne sind (insignis nobilitas), oder sofern sie wenigstens aus einem Eorlgeschlechte stammen, das sich schon lange durch Kriegsthaten ausgezeichnet hat.[1])

Die vorstehend entwickelte Theorie, daß die Bedeutung des Adels als Rechtsinstitut wesentlich auf seiner Stellung als fürstliche, bez. königliche Witan beruht, erhält durch das Beówulflied und den Hêljand so vollkommene Bestätigung, wie es nicht besser zu wünschen steht. Nach beiden Dichtungen sind die Edelinge, und eben nur diese, die Witan des Königs.[2]) Für den Hêljand verweise ich deshalb auf die glänzenden Ausführungen Vilmars (Deutsche Alterthümer im Hêljand u. s. w., 2. Ausgb., Marburg 1862, 8°, SS. 74—79); nebenher möchte ich auch noch auf Hêlj., v. 4466 ff. aufmerksam machen, wo unter dem Namen êosagon (Priester und Schriftgelehrte) die gesamte Masse der Witan zusammengefaßt ist, und diese dann (v. 4469) „kraftag kuniburd" genannt, d. h. als gens valida, als das Geschlecht der eorlas bezeichnet werden. Auch in Bezug auf den Beówulf kann ich mich, angesichts der ausgezeichneten Vorarbeit von Köhler, sehr kurz faßen. Ich will nur bemerken, daß unzweifelhaft, v. 266, wita als synonymon für eorl oder äðeling steht. Außerdem aber sei noch folgende Stelle (v. 776—781), wo wider derselbe Gebrauch vom Worte wita gemacht ist, als besonders charakteristisch, wörtlich mitgetheilt:

„þär fram sylle âbeág
medu-benk monig, mîne gefräge,
golde geregnad, þär þâ graman wunnon;
þäs ne wêndon är witan Skyldinga,
þät hit â mid gemete manna änig
betlik and bân-fäg tôbrekan meahte."

Da, scil. auf der Stelle, in der Halle des Königs Hrôðgâr, wo die Feinde (Beówulf und Grendel) kämpften, wurde, so viel ich habe in Erfahrung bringen können, manche Methbank, die mit Gold ver-

---

[1]) Diese Auffaßung der magna patrum merita folgt ms. Es. von selbst aus dem angedeuteten Umstande, daß die „merita" eben nur Kriegsthaten sein können. Demgemäß kann ich auch Schröders Behauptung (v. Sybels Histor. Zeitschr., XLVI. 127) nicht zugeben, daß schon Tacitus — von dessen Zeit Gierke und v. Sybel die allmälige Entwicklung des Adelstandes datiren! — „Emporkömlinge" kenne, „die sich neben den Adel stellen." Gleicher Meinung ist übrigens v. Inama (a. a. O., S. 59, N. 4), obwohl er wider das Institut des Geburtsadels sich kaum bis zu Tacitus Zeit entwickeln läßt.

[2]) Die abweichenden Behauptungen Leos (Beów., S. 76, N. 1) verdienen keine Beachtung. Sie sind nicht aus dem Epos geschöpft, sondern stehn ihm als willkürliche Constuctionen entgegen.

Digitized by Google

ziert war, von ihrem Pfosten abgebrochen. Die Witan der Skyldinger (d. h. König Hrôðgâr und seine Eorls) hatten es ehedem nicht für möglich gehalten, daß der Herrlichste, Knochenstärkste solch Zerbrechen ausführen könnte. Auf die Methbänke, von denen hier die Rede ist, läßt sich Hrôðgârs Duguð Abends zum Gelage nieder; und wir finden leztere dort auch bei Beówulfs Ankunft am Hofe des Königs. Es unterliegt sonach keinem Zweifel, daß des Königs Herdgesellen, die Eorls und Edelinge, dem Dichter des Beówulfliedes die Witan sind. Nun vergegenwärtige man sich aber die Worte des Tacitus (Germ., c. 22): „De reconciliandis invicem inimicitiis et jungendis affinitatibus et adsciscendis principibus, de pace denique ac bello plerumque in conviviis consultant“, und man wird erst den eigentlichen Grund entdecken, warum der Dichter grade hier von Witan, und nicht von Herdgenoßen, Edelingen u. s. w. spricht. In der That, die mitgetheilte Stelle führt eine so deutliche Sprache, daß sie allein schon ausreichen würde, die Behauptung von der Identität des altgerman. Volksadels mit den Witan des Fürsten oder Königs, d. h. der civitas, unumstößlich zu machen.

Im Vorbeigehn will ich nun nur noch darauf aufmerksam machen, daß auch Wülckers Samlung klein. angelsächs. Dichtungen zwei Stellen (Runenlied, v. 10—12; S. 37 u. Wanderer, v. 65—67, S. 15) enthält, welche meiner Auffaßung nach ebenfalls die Vorstellung von der Identität von wita und eorl durchschimmern laßen. Der Mittheilung der Stellen selbst bedarf es jedoch nicht mehr.

Die vorstehend gewonnenen Ergebniße geben zugleich Aufschluß über einen erheblichen Punkt, der ms. Es. bisher einigermaßen verkannt ist, und den ich zum Abschluß dieser allgemeinen Erörterungen noch ins richtige Licht sezen möchte. Gierke sagt (a. a. O. 113 f.): „Die Versamlungen der Großen, welche als Reichshoftage an Stelle der Volksversamlungen traten, wurzelten ... weder im fränkischen, noch im langobardischen und burgundischen Reich in den alten Volksversamlungen, sondern im häuslichen Rath des Königs mit seinen Getreuen.“[1]) Man sieht also in der vermeint-

[1]) Das, was Gierke sagt, ist zweifellos die herrschende Ansicht. Im wesentlichen sagt z. B. Waitz (VG. II. 2³. 183 f.) dasselbe, nur daß er, wie gewöhnlich, die scharfe juristische Formulirung vermeidet. Scheinbar entfernt er sich allerdings (III². 558) von Gierkes Ansicht, indem er die karolingischen Reichstage für Fortsezungen der alten Märzfelder erklärt; damit soll jedoch offenbar kein Widerspruch gegen jene Ansicht geäußert werden. Das magnatische Stimmrecht auf den karolingischen Reichstagen wird ja ganz aus der höfischen Stellung der Leute abgeleitet. Weit radicaler, deshalb ms. Es. aber auch weit einseitiger, wennschon bedeutende geschichtliche Gesichtspunkte mit systema-

Digitized

lichen Thatsache, daß es der königlichen Gewalt gelungen, das taciteische concilium civitatis durch königliche Hoftage lahm zu legen, und so allmälig zu verdrängen, ein Hauptanzeichen der Erstarkung der späteren Königsmacht im Verhältniß zum ursprünglichen Volkskönigthum. Als eigentlichen Motor denkt man sich dabei neben der Person des Königs den jüngeren „Dienstadel", der sich aus der königlichen Gefolgschaft entwickelt hat. Im Grunde genommen kommt also die Idee auf die Vorstellung hinaus, das jüngere Königthum römisch-byzantinischer Schulung habe die alte Volksfreiheit in wesentlicher Beziehung beschränkt, und den alten Volksadel durch einen neueren Hof- oder Dienstadel lahm gelegt, beseitigt. Die leztere Anschauung, der wir schon oben bei v. Bethmann-Hollweg begegnet sind, ist es, was mich veranlaßt, die Frage zu berühren; sie eben bedarf ms. Es. der Berichtigung.

Es ist ja allerdings unleugbar, daß der Charakter der Gefolgschaft im Laufe der Zeit wesentliche Veränderung erlitten hat. Schon Tacitus weis, daß die comites die Herdgenoßen ihres Drihten sind; sie dienen ihm aber doch wesentlich nur als Achselgestalden in Heer und Gericht[1]); in späterer Zeit, und so z. B. schon im Beówulfliede, werden sie als seine Diener am Hofe wie im State betrachtet. Daß aber die höchste Klasse dieser gefolgschaftlichen Hof- und Statsdiener dann zugleich als königliche Witan in Thing und Môt fungiren, läßt keinerlei Erweiterung oder Festigung der Machtstellung des Königs erkennen, sondern zeigt sich uns jezt als durchaus

tisch angespannter Energie verfolgend, spricht übrigens v. Sybel (a. a. O. SS. 393—396) über die Sache. Ich würde den berühmten Geschichtsforscher bei dieser Gelegenheit gar nicht erwähnen, da seine Theorie, die ihn zu jenem Radicalismus gezwungen, bisher unter den Rechtshistorikern, so weit mein Gesichtspunkt reicht, immer noch als zu streng einseitig und ergänzungsbedürftig behandelt ist; aber v. S. sucht bei dieser Gelegenheit auch den von Boretius (Capitularienkritik, SS. 1 ff.) quellenmäßig nachgewiesenen, wesentlichen Unterschied zwischen lex und capitulare über den Haufen zu werfen, und dem muß ms. Es. entschieden widersprochen, es muß gesagt werden, daß die diplomatische und sonstige Gegenargumentation v. Sybs. gegen diejenige von Boretius nicht aufkommen kann.

[1]) So hat auch Roth (a. a. O., S. 23) die Darstellung des Tacitus aufgefaßt. Nach K. v. Maurer (Krit. Überschau. II. 398) soll dagegen „keinem Zweifel unterliegen," „daß die sogen. Gefolgschaft ursprünglich völlig identisch ist mit der freien Hausdienerschaft überhaupt." Dem widerspricht indeß schon das „praecipuum sacramentum", „illum defendere, tueri, sua quoque fortia facta gloriae ejus assignare." Darin besteht auch noch im Beówulfliede die Dienst- und Treupflicht der Gefolgsleute im allgemeinen, und nur einzelne von ihnen sind außerdem noch mit besonderen höfischen, militärischen und politischen Bedienstungen betraut.

Digitized by Google

conservative Weiterentwicklung uralter Rechtsanschauung. Unleugbar freilich sind in Folge dessen allmälig die alten Volkstage abusiv geworden; aber nicht in unmittelbarer Folge davon, sondern nur unter entscheidender Mitwirkung eines zweiten bedeutenden Factors. Die Verdrängung der Volkstage durch die Hoftage ist ms. Es. hauptsächlich zu erklären aus der Erweiterung des Statsgebiets durch das Königthum, namentlich aus der Vereinigung verschiedner, ehemals selbständiger Völkerschaften unter einem Königsscepter.

Nun zu den Angelsachsen und Sachsen insbesondere.

A. Angelsachsen.

Ausgehend von der Voraussezung, daß der Adelstand der Gefürstetheit seine Entstehung verdanke, hat K. v. Maurer (Adel, SS. 186—191) die Ansicht aufgestellt, der kentische Eorl, der älteste der ags. Rechtsquellen, sei von Hause aus Fürst gewesen, und trete uns in den kentischen Gesezen als mediatisirter Fürst entgegen. Im wesentlichen dieselbe Ansicht hat dann auch Kemble (Sachsen, übers. v. B., II. 112) ausgesprochen, dem später auch v. Maurer, unter widerholter Begründung der Hypothese (Krit. Überschau, II. 426 f.) beigetreten ist. „Die Geseze der kentischen Könige," sagt Kemble (a. a. O.), „erwähnen den ealdorman gar nicht. Der Keorl und Eorl und der König (?) sind die einzigen freien Classen, deren Werth die Geseze ihrem Range nach ansezen; und wenn es überhaupt Ealdormen gab, so waren diese eingeschloßen in die . . . Classe der Eorlas, oder Adligen von Geburt. . . . Im Geseze von Hlothere und Eâdrîk finden wir, obgleich verschiedne gerichtliche Maßregeln erwähnt werden, nichts vom Ealdorman. Rechtssachen müßen anhängig gemacht werden . . . vor dem Stermelda[1]) oder

[1]) Hier hat sich K. versehn. Das Gesez, worauf er fußt, ist Hloþ. a. Eâdr. c. 5 (Schmid, S. 10): Wenn ein Freier einen Dienstmann (mannan; vgl. oben Adlst., VI. 6 § 3) stehlen sollte, und lezterer wider zurückkommt, so bezeuge er als Fortschaffungszeuge (ster-melda; vgl. Leo, Glossar, s. v. sterung, S. 402, Z. 35) diesen Diebstahl dem Diebe ins Angesicht. Vgl. Lex Sal., Tit. De plagiatorib., 39. 2. Beide Geseze bezwecken nur, ausnahmsweis das Zeugniß des servus (manna) gegen den frigman zu ermöglichen. Es soll das erlaubt sein, sobald der gestohlne Sklav als ster-melda (eigentlich sterunges melda), d. h. als derjenige auftreten kann, der über seine Fortschaffung Auskunft zu geben vermag.

Das Stammverb. zu ster, sterung lebt heute noch im engl. to stir fort.

Digitized by Google

dem Wikgerêfa" (Pfalzgraf); „. . . aber kein anderer Beamter wird genannt; vermuthlich, weil zu dieser Zeit die kleinen Königreiche, woraus Kent bestand, eine genügende Organisation des Rechtswesens darboten, ohne daß die Ealdormanschaft zu diesem oder irgend einem anderen Zwecke erforderlich gewesen wäre. Das Gesez des Wihträd enthält keine Andeutung dieser Art. . . . Ich halte es daher für wahrscheinlich, daß Kent im Anfange des VIII. Jahrhunderts keinen solchen Beamten hatte." Um diese Schlußfolgerung deutlich zu verstehn, muß man wißen, daß Kemble im Ealdorman den vom Könige eingesezten Provinzialrichter sieht. Einen solchen findet er in den kenter Gesezen nicht, und folgert deshalb, die Provinzen des Kenterstates hätten kleine Fürstenthümer, Kemble sagt, Königreiche, für sich gebildet, welche gewißen Eorlgeschlechtern gehört. So denkt sich auch v. Maurer die Sache.[1])

Daß Kembles Argumentation stringent wäre, wird nicht leicht jemand behaupten. Das bloße Unerwähntsein des Ealdorman (im kembleschen Sinne d. Ws.) in den kenter Gesezen ist denn doch noch lange keine genügende Grundlage für die Annahme, Kent habe solchen Beamten überhaupt nicht gehabt. Hätten aber v. Maurer und Kemble schon bemerkt gehabt, daß im Beówulfliede die Begriffe von Wita, Eorl und Antrustjo sich decken, so würden sie wohl zu der Annahme gelangt sein, daß Kents vornehmste Eorls als vornehmste königliche Witan mit der Provinzialverwaltung vom Könige betraut gewesen seien; und damit würden sie in der That das Richtige getroffen haben.

Dafür spricht schon das Beówulflied. Es kommt darin (v. 348) ein Wendlenherzog Wulfgâr vor, der zugleich König Hrôðgârs Hausmeier oder Wikgerêfa zu sein scheint, jedenfalls das oberste Hofamt in Hrôðgârs Halle bekleidet. Mit Rücksicht auf diese Doppelstellung nennt er sich aber (v. 335 f.) „Hrôðgâres âr and ombiht." Das Wort âr, Gewalt bote, muß hier auf das Herzogsamt bezogen werden, ombiht — wie die Parallelstellen v. 287 u. v. 674 beweisen — auf das Hofamt. Außerdem läßt sich aber auch aus Hloþ. a. Eâdr., c. 8 (Schmid, S. 12) nachweisen, daß die damaligen kenter Provinzialregenten kein eigenes Fürstenrecht mehr auf ihre Provinzen gehabt, sondern ebenfalls als Gewaltboten des Königs fungirt haben. Das Gesez schreibt vor: Wenn man jemanden verklagt, und der Kläger den Beklagten besiegt haben sollte (môte) in der Bauernsprache (meþel; vor dem Schuldheiß), oder im Gaugericht (þing), so stelle der Beklagte seinem Gegner stets einen Bürgen, und laße

[1]) Und offenbar auch Schmid (a. a. O., S. 568, s. v. eorl).

Digitized by Google

ihm das Recht zu Theil werden, das ihm kentische (kantwara, Nom. Plural. von kantwaru) Richter zuertheilt (geskrifen) haben. — Nach german. Recht, und vorzugsweis nach dem ältesten, fallen die beiden Hoheitsrechte der Rechtsprechung und Gesezgebung so vollständig zusammen, daß Friesen und Angelsachsen die einzelnen Geseze gradezu dômas, judicia, nennen. Wenn also Hlôþere oder Eâdrik — von welchem der beiden Könige c. 8 herrührt, wißen wir nicht, sondern nur, daß sie nach einander, nicht gleichzeitig, regirt haben — in unserem Falle für þing und meþel ein Gesez erläßt, so ist das der klarste Beweis dafür, daß er oberster Richter des ganzen Königreichs bis in die Schuldheißthümer hinab gewesen. Es kann also keine Rede davon sein, den Provinzialregenten unter ihnen die Suzeränität mediatisirter Fürsten zuzuschreiben; anzunehmen ist vielmehr, daß die Eorls, welche an die Spize der Provinzen gestellt waren, im wesentlichen dieselbe Stellung zum Könige hatten, wie die wessexer Ealdormen nach Ines Gesezen.

Das begreift sich auch leicht, sobald man nur voraussezt, daß die Begründung der Königsherrschaft unter normalen Verhältnißen Sache des Witena Gemôt war; eine Annahme, für die sich sehr gewichtige geschichtliche Thatsachen anführen laßen.[1]) Der gewillkürte Übergang einer Völkerschaft zur Königsherrschaft hat sich durchschnittlich im Drange der Kriegsnoth oder behufs Ausführung bedeutender kriegerischer Entwürfe vollzogen. Der König als der geborene Heerführer wurde dann naturgemäß der Mittelpunkt und Drihten der Trûst, so daß nunmehr der gesamte volljährige Adel dauernd seine Achselgestalden und Getreuen, später seine vornehmen Diener wurden, wie schon vorher (nach Beda, V, 10) vorübergehend die Trûst des gekorenen Kriegsherzogs aus den übrigen Fürsten der Völkerschaft und der Gesamtheit der fürstlichen Trûstleute bestanden hatte. Das war eben unmittelbare Rechtsfolge des Beschlußes des Witena Gemôt. Demnach erschienen aber selbst die

---

[1]) Wenn Tacitus (Germ., c. 7) sagt: „Reges ex nobilitate sumunt," so ist dabei nicht bloß an die Widerbesezung des Thrones, sondern auch an Einführung der Königsherrschaft, das sumere aber ms. Es. als legislativer Act des concilium civitatis gedacht. So faßt auch v. Sybel (a. a. O., SS. 211—213) die Sache auf. Sehr bestimmt läßt sich der Einfluß des Witena Gemôt bei Einführung der Königsherrschaft der Merowinger aus Gregor T., II. 40 (Mon. Germ., Scriptor. rer. Merovingicar., I. 1, S. 103 f.) erkennen. Vgl. dazu Richter, Annalen des fränk. Reichs i. Zeitalter d. Merowinger (Halle 1873, 4°), S. 44, bes. Note h, und v. Sybel, a. a. O., S. 322 f. Die ergiebigste Ausbeute für die hier entwickelte Theorie gewähren die langobard. Quellen. Ich verweise nur auf Paulus Diac., I. 14 u. 17, sowie auf die Origo Langobardor., c. 6 i. Vrb. m. Paul. D., III. 16.

Digitized by Google

Gefürsteten unter den Eorls nicht „mediatisirt". Zur Mediatisation, d. h. zur unfreiwilligen, bez. zwangsweisen Herabdrückung, konnte es nur gegen aufrührerische Eorls kommen, die sich gegen den Witena-Gemôtsbeschluß auflehnten. Das classische geschichtliche Beispiel dafür lieferte der Schluß der Sachsenkriege Karls d. Gr.[1])

Das etwanige Erbrecht ehemals gefürsteter Eorlgeschlechter auf bestimmte Fürstenämter konnte und sollte natürlich durch den gewillkürten Übergang zum Königthum, insbesondere durch das Königsgesez des Witena Gemôt, nicht gebrochen werden; und das ist ms. Es. ein Punkt, den die Mediationstheorie ebenfalls übersieht. Unberührt vom Königsgesez blieb aber das fürstliche Erbrecht dennoch nicht. Es war ms. Es. unabweisbare Rechtsfolge des durch jenes Gesez geschaffenen Verfaßungszustandes, daß fortan nicht mehr das Fürstenthum, sondern der König bestimmte, wem die Fürstenwürde unter mehreren Erbberechtigten zu Theil werden solle. Auch läßt sich a priori schon mit Sicherheit annehmen, daß der König ein unbedingtes Recht hatte, die Übertragung der Fürstenwürde, troz des Erbrechts, zu versagen, falls der betreffende Candidat nicht schon durch das Band der Trûsttreue mit ihm verbunden war, und eine solche Verbindung einzugehen ablehnte.

Der Titel Eorl hat bekanntlich in England seine eigene Geschichte gehabt, die nicht wenig dazu beigetragen, die Theorie von der Wesenheit des Eorl mit einem gewißen Dämmerschein zu umfloren. Die Sache wird indeß so ziemlich klar, wenn man davon ausgeht, daß es gefürstete und ungefürstete Eorls gegeben. Es läßt sich, sofern man voraussezt, daß das Volk nach wie vor mit der Bezeichnung eorl einen auszeichnenden Begriff verband, sehr wohl begreifen, daß der Eorltitel Regentenbezeichnung wurde, und daß der nicht regirende Adel im Laufe der Zeit den Titel Eorl verlor. Dem ist es denn auch zuzuschreiben, daß in der Dänenzeit, theil-

[1]) Anmerkungsweis sei hier noch auf die Haltung von Stubbs in unserer Frage aufmerksam gemacht, weil sie recht eclatant zeigt, wie unverrückbar fest sich in der Doctrin die maurersche Mediatisationstheorie gesezt hat. Es thut dabei auch nichts zur Sache, daß Stubbs sich sonst ebenfalls noch sehr empfänglich für maurersche Ideen auf dem Gebiete der ags. Ständeverhältniße zeigt. Der englische Rechtshistoriker nimmt (a. a. O., I. 150), gleich mir, aber freilich ohne eigentlich quellenmäßige Begründung, an, daß in den ags. Königreichen Königstrûst und Witan des Stats identisch gewesen; er nimmt — aber ebenfalls wider ohne Nachweis — ferner die Identität von Königstrûst und Volksadel an; dennoch aber, und obwohl er ganz richtig für die älteste Zeit bereits die Existenz nicht gefürsteten Adels behauptet, kommt er (S. 151) zu dem Schluße, durch Einführung des Königthums sei der alte Volksadel als Gesamtheit „eine Stufe" herabgedrückt.

Digitized by Google

weis sogar schon früher, nur noch die allerhöchsten königlichen Provinzialbeamten Eorl genannt wurden. Diese leztere Wendung hat jedoch als reines Ceremoniel für die vorliegende Untersuchung gar keine Bedeutung. Ich verweise deshalb lediglich auf Schmid (Glossar, s. v. eorl), und bemerke nur noch, daß der heutige englische Titel Earl die lezte, unmittelbar an die dänische Periode anknüpfende Entwicklungsphase des Wortes und Begriffs Eorl ist.

B. Die deutschen Sachsen.

Die einzige Nachricht aus vorkarolingischer Zeit, welche wir über die altsächs. Statsverfaßung besizen, ist die bekannte kurze Notiz Bedas (Historia ecclesiast. gentis Anglor., V. 10):

> Non . . . habent regem antiqui Saxones, sed satrapas plurimos, qui ingruente belli articulo mittunt aequaliter sortes, et quemcunque sors ostenderit, hunc tempore belli omnes (scil. satrapae) sequuntur, et huic obtemperant. Peracto autem bello rursum aequalis potentiae fiunt omnes satrapae.[1])

---

[1]) Hildebrand hat (De veter. Saxonum republica, P. I, Berlin 1836, 8°, S. 20 f.) die Glaubwürdigkeit dieses Berichtes im Hinblick auf Widukind, Res gestae Saxonicae, I. 14 (Mon. Germ., Script., III. 424) angezweifelt. Demselben hat sich später auch Rettberg (Kirchengesch. Deutschlands, II. 389) angeschloßen, und überhaupt den ganzen Bericht als legendarisch verworfen. Es ist indeß nicht nöthig, die desfallsigen Argumentationen noch besonders zu widerlegen; die Forschung ist durch sie unbeeinflußt geblieben. Waitz z. B. (VG. I². 136, N. 4, u. III², 123), sowie v. Sybel (a. a. O., S. 80) behandeln Bedas Bericht als zweifellos zuverläßig, ohne auch nur seiner Bekämpfung zu gedenken. Ob nicht anzunehmen, daß Beda nur von dem westfälischen Theile der Sachsen spricht, wie Kentzler (Zeitschr. d. histor. Vereins f. Niedersachsen, Jahrg. 1870, SS. 164—167) mit gutem Grunde ausführt, ist hier eine interesselose Frage. Wichtig dagegen scheint mir, an dieser Stelle noch Folgendes zu bemerken.

Waitz erkennt (a. a. O., III², SS. 122—125, bes. S. 123 f., N. 3) im allgemeinen die sächs. Volksverfaßung z. Zt. der Unterwerfung unter Karl d. Gr. noch als urwüchsig an; aber grade auf dem Punkte, der uns beschäftigt, sollen zwei Neuerungen sichtbar sein: die Steigerung des Adelsrechts und die Verbesserung der Lage der Liten. Worin leztere bestehn soll, ist (namentlich angesichts S. 149 f.) unerfindlich; bei der Steigerung des Adelsrechts hat Waitz vornehmlich das exorbitante Adelswergeld im Auge. Ob dies erst von Karl d. Gr. eingeführt, läßt er (S. 149, N. 1) unentschieden. Wenn ich indeß auf die bereits von v. Richthofen (Z. Lex Saxon., S. 386) hervorgehobene „überraschende Übereinstimmung“ der Grundzüge des wessexer Wergeldsystems mit demjenigen der Lex Saxonum blicke, so empfange ich den Eindruck, daß die angebliche Neuerung ein bloßes Postulat ist zu Gunsten der Hypothese vom demokratisch nivellistischen Ausgangspunkte der germanischen Statsbildung.

Digitized by Google

Waitz allegirt (VG. II. 2³, S. 414, N. 3 u. S. 415, N. 1) zwei freisinger Stellen, die erkennen laßen, daß satrapes im Mönchslatein den regirenden Eorl bedeutet. Daß Bedas satrapes dieselbe Bedeutung hat, brauchen wir nicht bloß zu vermuthen, sondern läßt sich durch die Thatsache nachweisen, daß Alfred d. Gr. den Ausdruck satrapae in unserer Stelle durch „ealdormen" übersezt hat. (Vgl. Schmid, a. a. O., S. 560, s. v. ealdorman). Unzweifelhaft sagt also Beda, die Sachsen haben nicht (wie wir Angelsachsen) eine königliche Centralregirung, sondern im Frieden bildet ihr Land sehr viele selbständige Regentenbezirke, die je unter der Herrschaft eines Eorl stehn. Im Kriegsfalle aber schaffen sie eine herzogliche Centralgewalt, indem sie aus den regirenden Eorls einen Dryhten creiren, dessen Trûst und Gefolgsleute dann für die Dauer seiner Macht alle übrigen Eorls bilden.

Haben wir nun anzunehmen, daß mit den regirenden Eorls und ihren Geschlechtern der gesammte Adel erschöpft ist? Sehr merkwürdige Antworten hat Kentzler auf diese Frage gegeben. Zuerst eine stillschweigend verneinende; denn (a. a. O. und später noch ein Mal, Forschung. z. deutsch. Gesch., XI. 79—100) sind ihm die satrapae die eigentlichen Fürsten, neben denen jedoch noch ungefürsteter Adel vorkommt. Dann aber überrascht er uns (Forschungen, XII. 319, N. 1) durch die Behauptung, die Sachsen hätten überhaupt keine Fürsten gehabt; eine Behauptung, die positiv gefaßt, nur sagen kann, das Sachsenland sei in lauter adlige Grundherrschaften zerfallen, das heißt, bei Lichte betrachtet, alle sächs. Eorls seien erbliche Fürsten gewesen. Irgend welche Begründung für die leztere, etwas kühne Behauptung hat Kentzler nicht gegeben. Sie ist aber schon von Waitz (a. a. O., I², 243, bes. N. 2, u. S. 258) abgewiesen; und angesichts der Quellen bleibt nichts weiter über, als auf Kentzlers älteren Standpunkt zurückzukehren.

Dazu leitet schon Bedas knapper Bericht. Aus dessen Fortgange erfahren wir nämlich auch, daß dem satrapes ein villicus (Schuldheiß) unterstellt gewesen ist; und wir haben guten Grund anzunehmen, daß auch diesen Posten ein Edeling innegehabt hat. Der einzige langobard. Schuldheiß, von dem Paulus Diac. (VI. 24) erzählt, ist ein Edeling; und bei den Friesen ist das mit dem Gogreve des Sachsenspiegels auf einer Linie stehende Amt des Redjewa noch im XIII. Jahrhundert ein Adelsamt. (v. Richthofen, Untersuchungen, I. 113 ff.) Jedoch diesen künstlichen Indicienbeweis können wir nach Lage der Quellen ganz entbehren. Die fränkischen und sächsischen Annalen unterscheiden ja ausdrücklich neben dem einfachen Adel noch primores und nobilissimi. Kentzler

Digitized by Google

erklärt freilich (Forschungen, XII. 320, N. 1) diese Unterscheidung für nichtssagend; das ist jedoch ein bloßer Machtspruch, der diese Thatsache der vorgefaßten Idee, die Sachsen hätten keine Fürsten gehabt, fern halten soll. Jeder, der der Sache unbefangen gegenübersteht, wird sich wohl sagen, daß die Annalisten nicht aus Marotte jene doppelte Bezeichnung gewählt haben, sondern weil die Wirklichkeit, d. h. die Coexistenz gefürsteten und nicht gefürsteten Adels, dazu zwang. Ist doch auch primoris unverkennbar die Übersezung des altsächs. furisto, primus, princeps[1]); und die Bezeichnung nobilissimus erklärt sich ganz einfach daraus, daß nach damaliger Anschauung der Fürst schon einen höheren Adel darstellte, wie der Edeling schlechthin. Bedas Bericht lehrt uns vornehmlich die kriegerische Seite des Adels kennen, während uns vorher der Hèljand grade seine friedliche Thätigkeit als Wita gezeigt hat. Diese beiden praktisch unzertrennlichen Functionen des Adels machen auch seine Rolle während der Unterwerfung der Sachsen durch Karl d. Gr. verständlich; und darüber muß ich mir zum Schluß noch einige Bemerkungen erlauben.

Ich knüpfe dabei an die Stelle an, wo Gierke sich in der bereits oben angedeuteten Weise über das Verhältniß des alten Volksadels zum Königthum ausspricht. Ich schicke nur vorauf, daß Gierke (a. a. O., SS. 147 ff.) zu den Gelehrten gehört, welche mit Waitz (Z. deutsch. Verfaßungsgesch.; in Ad. Schmids Zeitschrift f. Geschichtswißenschaft, III. 14 ff., sowie VG., II. 1.[8] 205, bes. N. 1 u. II. 2.[8] 351) gegen v. Sybel eine ununterbrochene Entwicklung vom älteren sogen. Volkskönigthum zum Königthum der späteren Monarchien annehmen, und daß ich diesen Standpunkt aus vollster Überzeugung theile.[2]) Gierke sagt nun (a. a. O., S. 117 f.), von eben diesem Standpunkt ausgehend: „Mochte auch das älteste Königthum nur die Spize des Volksadels sein, so waren beide doch auf die Dauer unvereinbar. Überall trat daher der alte Adel entweder gegen das Königthum in Opposition, und unterlag dann, sei es in langsamem Schwinden, sei es in blutigem Untergange; oder er fügte sich dem Umschwunge der Dinge, suchte im Königsdienst, sei es im Gefolge, sei es in dem immer ähnlicher aufgefaßten Beamtenthum, sein Heil, und rettete so vielfach den einzelnen Gliedern einen Theil der Macht, um als Stand desto unrettbarer unterzugehen.“ „Die auffallendsten Beispiele“, scil. für diese zweite Alternative, wird dann in der Note (86) hinzugefügt,

[1]) So z. B. Poeta Saxo, ad a. 803 (Mon. Germ., Scriptt., I. 261).

[2]) Auch v. Inama nimmt ihn (a. a. O., S. 54 f.) ein.

Digitized by Google

„sind, daß nach Unterwerfung der Sachsen und Thüringer die adalingi der ersteren, und wahrscheinlich auch die der lezteren, als solche in ihrer Gesamtheit in den Dienst des Frankenkönigs traten.“ Niemand wird mit Grund bestreiten können, daß hier der Weg, auf dem der sächs. Adel seine Rettung gefunden, richtig bezeichnet ist. Läßt sich dasselbe aber auch von den Motiven sagen, die dem sächs. Adel bei dieser Gelegenheit untergeschoben werden? Ich glaube schwerlich. Es scheint mir nämlich unzweifelhaft, daß Karl d. Gr. und seine Zeit die Kriegsentscheidung als Gottesurtheil angesehn haben, was Karl d. Gr. mit genau derselben Berechtigung zum Herrn der Sachsen, namentlich auch zu ihrem „eorla dryhten“ gemacht, wie wenn ihn der Beschluß eines sächsischen Witena-Gemôt zum Könige der Sachsen creirt hätte.[1]) Noch Dante zeigt sich von solchen wesentlich religiösen Vorstellungen tief durchdrungen; sie bilden die wesentliche Grundlage seines scholastischen Formalbeweises für den göttlichen Ursprung der römischen Kaisergewalt. Wenn aber selbst Dante noch so dachte, dann hat es Karl d. Gr. und seine Zeit erst recht gethan; und mir scheint auch, daß das Capitulare de partibus Saxoniae solche Anschauung sehr deutlich verräth. Das schiebt aber die Sache unter einen ganz anderen Gesichtspunkt, als von dem aus sie uns Gierke betrachten läßt. Karl d. Gr. machte fortan das Herrscherrecht geltend, daß die sächs. Edelinge in seine Trûst einträten; und leztere, welche von jenem heidnischen Irrwahn gewiß nicht schwächer beherrscht wurden, wie ihr christlicher König, mußten sich in ihrem Gewißen gedrungen fühlen, dem Gebote des Königs Folge zu geben, wenn nicht etwa ihr alter Heidengott dennoch, ihnen den Sieg verleihend, sich gegen den Christengott behauptete. Diese Rechtsauffaßung scheint mir das gegenseitige Verhalten beider Parteien bei der Unterwerfung der Sachsen[2]) allein genügend zu erklären. Es handelt sich auf beiden Seiten nicht sowohl um die Freiheit, selbst nicht um die adlige, als vielmehr um die Rechtmäßigkeit der Königsgewalt, die hier um so verhaßter ist, weil sie zugleich Religionswechsel bedeutet. Sonst fühlt sich der Edeling als Wita seines rechtmäßigen Königs ebenso groß und frei, wie in den alten Verhältnißen.

Bleiben wir aber nicht bei der bloßen Abstraction stehn, sondern überblicken wir ein Mal möglichst genau die Ereigniße von 775 und 776.

---

[1]) Vgl. dazu Waitz, VG. III.[2] 130—146. Waitz scheint übrigens (a. a. O., S. 146) ganz ähnlich über die Sache zu urtheilen.

[2]) Wegen der einzelnen geschichtlichen Thatsachen verweise ich auf Waitz, VG. III.[2] 125—130; 136—141.

Digitized by Google

Nachdem in den großen lorscher Annalen die Niederlage der Sachsen i. J. 776 berichtet ist, fahren sie (Mon. Germ., Script., I. 156) fort: „Et inde fugam accipientes Saxones, persecuti sunt eos Franci, interficientes illos usque ad flumen Lippiam, castro salvato; et cum victoria reversi sunt Franci. Et cum pervenisset domnus Carolus rex Wormatiam, et omnes istas causas audiens, conjunxit synodum ad eandem civitatem; et ibi placitum publicum tenens, et consilio facto, cum Dei adjutorio (!) sub celeritate et nimia festinatione Saxonum caesas ac firmitates introivit. Et Saxones perterriti omnes ad locum, ubi Lippia consurgit venientes, ex omni parte reddiderunt patriam per wadium omnes manibus eorum (scil. Francor.), et sposponderunt, se esse Christianos, et sub ditione domni Caroli regis et Francorum subdiderunt." Dieselbe Begebenheit berichten die Annalen von Pettau v. J. 776 (Mon. Germ., a. a. O., S. 16) folgendermaßen: „Et audivit (Karl d. Gr.), quod Saxones rebellassent contra Francos; motoque exercitu pergens obviam illis, cum vidissent pagani, quod non poterant Francis resistere, timore perculsi venerunt majores natu (die Edelinge) ad domnum Karolum, postulantes pacem." Zwischen diesen beiden Darstellungen herrscht insofern ein Widerspruch, als die erstere alle Sachsen nach Lippspringe kommen läßt, die leztere aber nur Edelinge. Das hat Abel (Jahrbücher d. fränk. Reichs u. s. w., I. 204, N. 1) und nach diesem Kentzler (Forschungen, XII. 325, N. 1) veranlaßt, kurzweg den lorscher Bericht in dem bezeichneten Punkte für „ungenau" zu erklären. Das geht schon deshalb nicht, weil die sogen. Annales Einhardi (Mon. Germ., a. a. O., S. 157), die sonst hier erheblich von den lorscher abweichen, von einer unermeßlichen Masse des Sachsenvolkes spricht, die Karl d. Gr. in Lippspringe getroffen haben soll. Das spricht mehr für den lorscher, wie für den pettauschen Bericht, so lange man überhaupt die behauptete Discrepanz beider gelten läßt. Ich zweifle aber überhaupt an dieser. Muthmaßlich wollen beide Annalen dasselbe sagen; die von Lorsch aber betrachten die Edelinge als die Sachsen par exc., und sprechen daher von „omnes Saxones", anstatt von majores natu oder nobiles u. s. w. Die erschienenen Sachsen, in denen auch Waitz (VG. III.² 144) „angesehene Männer" sieht, werden eben die Witan gewesen sein, die selbstverständlich von einer großen, wenn auch nicht, wie die Einhardsannalen wollen, „unermeßlichen" Volksmasse begleitet wurden; und eben weil sie die „Machthaber", also die richtigen Leute waren, welche die gesamte Volksgenoßenschaft verpflichten konnten[1]), nennt sie der

[1]) Waitz zieht (a. a. O., S. 145) die Competenz, welche ich hier den „omnes

Digitized by Google

Annalist „omnes Saxones." Ich halte diese Vermuthung für nicht ganz unwahrscheinlich schon angesichts der Thatsache, daß seit Ausbildung der Territorialität des Stats die Souveräne häufig gradezu mit dem Namen ihrer Länder bezeichnet wurden. Wahrscheinlicher macht sie mir noch die weitere geschichtliche Thatsache, daß die Frilinge und Lazzen, welche im IX. Jahrhundert auf Anstiften Kaiser Lothars ihre adligen Gebietiger mit ihrem Anhange vertreiben, den Namen Sachsen ablegen, und sich Stellinger taufen. Endlich aber läßt sich aus den lorscher Annalen selbst nachweisen, daß ihr Verfaßer wirklich die Nationalnamen in dem von mir angenommenen Sinne gebraucht hat; und damit ist ms. Es. die Sache für mich entschieden. Die betreffende Stelle, welche auch sonst großes Interesse für uns hat, findet sich in dem Berichte über das Jahr 777 (Mon. Germ., a. a. O., S. 158); sie lautet: „Ibique (auf dem Reichstage zu Paderborn) multitudo Saxonum baptizati sunt, et secundum morem illorum omnem ingenuitatem et alodem manibus dulgtum fecerunt[1]), si amplius immutassent secundum malam consuetudinem eorum, nisi conservarent in omnibus Christianitatem et fidelitatem supradicti domni Caroli regis et filiorum ejus, vel Francorum." Über den Wortsinn des Schlußes dieser Notiz kann kein Streit aufkommen; er sagt: sie stellten als Bedingung dafür, daß sie bei ihren Ingenuitätsrechten belaßen würden, die Bewahrung der Treue gegen die christliche Religion und gegen König Karl und seine Söhne, das heißt gegen die Franken hin. Waitz glaubt nun, (a. a. O., S. 147), die Worte „das heißt gegen die Franken", deuteten die Einverleibung in das fränk. „Reich" an; indeß das ist gewiß nicht richtig; dazu war der Corporationsbegriff damals noch viel zu unentwickelt, noch viel zu sehr durch rein sinnliche Anschauung zurückgedrängt. Die Franken sind dem Annalisten hier das fränkische Herrscherhaus; und er würde den Zusaz „vel Francorum" schwerlich gemacht haben, wenn er nicht hätte andeuten wollen, daß die Verpflichtung nicht bloß Karl d. Gr.

Saxones" beilege, in Zweifel; der Fortgang dieser Untersuchung wird jedoch zeigen, daß ich in meiner Annahme noch durch ganz besondere Gründe geleitet werde.

[1]) Das verb. dulgere bedeutet in unserer Stelle aufgeben, verzichten. (Vgl. Waitz, a. a. O., S. 128 f., N. 3 a. E.) Die Grundbedeutung des feminin. alod ist Gesamthabe, und zwar sowohl bewegliche wie unbewegliche. Eben deshalb dient das Wort in der Lex Salica und mehreren jüngeren Gesezen, wie die Lex Saxonum, zur Bezeichnung des Gesamtnachlaßes eines Toten. Hier steht das Wort zweifellos in dieser seiner etymologischen Grundbedeutung.

Digitized by Google

und seinen Söhnen, sondern auch deren Nachfolgern und noch ungeborenen, bez. unmündigen Nachkommen gegenüber eingegangen sei. Denselben Sinn hat selbstverständlich das Wort Franci auch an der zuerst mitgetheilten Stelle der lorscher Annalen. Was berichtet nun aber, juristisch betrachtet, der Annalist in der das Jahr 775 betreffenden Stelle? Ich denke Folgendes. Die Sachsen hätten unter der bezeichneten Bedingung auf dem Reichstage zu Paderborn auf Ingenuität und die daraus fließende privatrechtliche Rechtsfähigkeit verzichtet; das heißt, sie hätten für den Fall der Nichterfüllung jener Facultativbedingung sich zur Hŷndstellung des wessexer Wälen oder des Romanus possessor der Lex Salica verdammt. In der Bedingung aber scheint mir, entsprechend der Auffaßung, daß Gottes Kampfurtheil die Sachsen zur Annahme des Christenthums und des christlichen Königthums verpflichte, die Bewahrung des christlichen Glaubens und der Treue gegen den König als ein und dasselbe genommen werden zu müßen.

Weiter. Was meint der lorscher Annalist, wenn er z. J. 776 berichtet: „Saxones omnes ex omni parte, d. h. aus Westfalen, Engern und Ostfalen, venientes, reddiderunt patriam per wadium?“ Waitz knüpft (a. a. O., S. 128) behufs der geschichtlichen Erläuterung der Stelle an die Ereigniße des Jahres 772 an, wo Karl d. Gr. sich der Sachsen durch Geiseln zu versichern suchte; vor allem aber an das Jahr 775, wo zum ersten Male förmliche Unterwerfung der Sachsen durch förmliche eidliche Huldigung erfolgte, Karl d. Gr. jedoch sonst widerum nur Geiselstellung forderte. „Widerholter Abfall des Volks“ (i. J. 776), meint Waitz, „führte zur Auflage schwererer Verpflichtungen; dasselbe muß erklären, sein Recht am Grundeigenthum verwirkt zu haben, wenn es von der gelobten Treue laße.“ Diese Auffaßung, der auch Abel (a. a. O., S. 204) beigetreten ist, scheint mir indeß den juristischen Charakter des statsrechtlichen Geschäfts, worum es sich handelt, nicht klar genug zu erkennen; und denselben Vorwurf möchte ich, und zwar in erhöhtem Maße, einer noch neueren, widerum rein privatrechtlichen Erklärung des Vorgangs von Kentzler (Forschungen, XII. 325) machen, wonach es sich um einfache Immobiliarverpfändung handeln würde. Kentzler stüzt sich dabei offenbar auf die Phrase „per wadium“ reddere. Das Wort wadium bedeutet u. a. auch Wahrzeichen; und so namentlich in der Phrase „per wadium investire“, Eigenthum, Besiz an einem Grundstücke langer Hand durch Wahrzeichen übertragen[1]); und das ist ms. Es. hier seine Be-

[1]) Vgl. namentlich Stobbe, „Reuerecht und Vertragsschluß n. älter.

Digitized by Google

deutung. Der Annalist sagt, die sächs. Fürsten und ihre Witan hätten alle zusammen (omnes Saxones) dem Könige Karl und überhaupt dem fränkischen Herrscherhause das Sachsenland (patriam) als sein fürstliches Eigenthum (êðel) aufgetragen (reddiderunt); und zwar hätten sie sich bei dieser Auftragung eines (oder wohl mehrerer) Wahrzeichen bedient. Der Act ist also ähnlich wie die spätere Belehnung mit dem Fahnlehn zu denken, wobei der Mann zunächst dem Kaiser die Fahne als Wahrzeichen des Fürstenthums darreichte, und sie dann als dasselbe Wahrzeichen zurückerhielt. (Vgl. Sachssp., III. 60 § 1; Jac. Grimm, RA., S. 161 f,; Homeyer, Sachsenspiegel. II. 2, 324 f. u. 547—549). Sachlich aber scheint mir so viel völlig zweifellos, daß der Act die förmliche Anerkennung Karls d. Gr. als Königs und seines Hauses als des erblichen Königshauses der Sachsen bedeutet; und daß die Sachsenfürsten und sonstigen sächsischen Edelinge durch diesen Act selbst unmittelbar und von Rechtswegen in Trûstleute und Witan Karls d. Gr. und seines Hauses verwandelt sind. Da die Sachsen jedoch ihr Anerkenntniß von 775 in der Folge nicht respectirten, sondern widerholt an die Entscheidung des höchsten Kriegsgottes Berufung einlegten, so zwang sie der siegreiche Frankenkönig im folgenden Jahre, sich selbst zu dem harten Lose förmlich unterjochter, auf den Standpunkt königlicher Liten herabgedrückter Völkerschaften zu verdammen, falls sie nun nicht endlich die Entscheidung des Christengottes als definitive annähmen, und demgemäß der aus dieser Thatsache i. J. 775 gezogenen Folgerung nachlebten.

Dies Praejudiz richtete sich namentlich gegen die Sachsenfürsten und die sonstigen sächsischen Edelinge. Das läßt sich aus den späteren widerholten Inkraftsezungen desselben erkennen. Wie Roth (Beneficialwes., S. 71 f., bes., N. 116) gezeigt hat, und wie die Einhardsannalen z. J. 804 (Mon. Germ., a. a. O., S. 191) erkennen laßen, sind in Folge dessen ganze sächs. Landschaften, das heißt Fürstenthümer als Êðel der Fürsten und Edelinge dem karolingischen Fiscus wie verfallenes Gut einverleibt, die ganze Bevölkerung mit ihrem Fürsten und den Edelingen als Hŷnde auf nicht sächsisches Gebiet des karolingischen Reiches verpflanzt[1]),

---

deutsch. R." (Ztschr. f. RG., XIII. 217—221). Der Annalist ist vermuthlich ein Franke, welche (nach Stobbe, a. a. O., und Sohm, Eheschließg., S. 35) die festuca als Wahrzeichen benuzten, während den Sachsen der Rasen das Wahrzeichen des Grundstücks war. Vgl. Brunner, „Z. Rechtgesch. d. röm. u. german. Urkunde", Bd. I (Berlin 1880, 8°), S. 188, bes. N. 1, u. S. 189.

[1]) Vgl. auch v. Inama, a. a. O., SS. 209—212. Einen Beweis der That-

Digitized by Google

und ihr Land neuen Anbauern überlaßen, die nicht dem Sachsenstamme angehörten.

Umgekehrt aber hat Karl d. Gr. nach dem Chronic. Moissiacense ad a. 782 (Mon. Germ., a. a. O., S. 297) eine ganze Anzahl von Sachsenfürsten und sächs. Edelingen, die sich inzwischen als zuverläßige Antrustionen gegen ihn bewährt hatten, wider als königliche Sendboten in sächs. Fürsten- und Grafenämter eingesezt. Von diesen kann man unter den obwaltenden Verhältnißen in der That sagen, sie haben durch den Eintritt in den Königsdienst ihre Existenz erhalten. Dieser Eintritt selbst aber muß als die regelrechte Consequenz der Anerkennung der Königsherrschaft überhaupt betrachtet werden, und nicht als rein zweckmäßiger Ausweg aus einem politischen Dilemma. Dieselbe Anschauung spricht sich auch in der Commendation des Baiernherzog Tassilo, in den vom Chronicon Moissiac. z. J. 789 (Mon. Germ., a. a. O., S. 298) berichteten Vorfällen, sowie in gewißen Ereignißen der späteren friesischen Geschichte aus, über die v. Richthofen (Untersuchungen, II. 2, 1041 ff.) spricht.

---

sache an und für sich liefert auch Ludwigs d. Fr. angeblicher Gnadenact v. J. 815, obwohl das betreffende Diplom gefälscht ist. (Vgl. Waitz, a. a. O., S. 148, N. 3). Ferner gehört hierher die zweifelhafte (Waitz, a. a. O., S. 153, bes. N. 2) Nachricht Vita Hludovici P., c. 24 (Mon. Germ., Scriptt., II. 619), die von Dümmler (Gesch. d. ostfränk. Reichs, I. 160), und nach diesem von Fipper (Das Beispruchsr. n. altsächs. R., Breslau 1879, 8°, S. 40 f.) zu etwas bedenklichen Deductionen zu Gunsten der Hypothese der Begünstigung des Adels und Herabdrückung der Gemeinen und Liten durch Karl d. Gr., ausgebeutet ist. Auch die Urkunde von 996 (Mon. Boica, XXVIII. 1, S. 267 f.) ist hier anzuführen; vor allem aber der „nobilis, qui jam in exilium missus est", in Lex Saxon., c. 64 (Mon. Germ., Legg. V 81 f.). Die Deutung der Stelle durch v. Richthofen (Mon. Germ., a. a. O., S. 82, N. 69) halte ich unter den obwaltenden Verhältnißen für ganz unwahrscheinlich. Fipper hat (a. a. O., SS. 29—34) ganz richtig nachgewiesen, daß in exilium missus mit nobilis zu verbinden, und (S. 37 f.), daß „in exilium missus" so zu verstehn ist, wie ich es hier verstehe.

Die Androhung von 776 hat übrigens Karl d. Gr. nicht gehindert, sich auch durch Geiseln zu sichern. (Vgl. Waitz, a. a. O., S. 145, N. 1). Das ist jedoch eine Maßregel, die hier nicht weiter in Betracht kommt.

Digitized by Google

III.

Der angelsächsische Sixhŷnde ist eine durch das Königthum eingeführte Neuerung litischen Ursprungs.

Wie ich über Ursprung und Wesenheit des Sixhŷnde denke, ergiebt schon meine Zusammenstellung desselben mit dem Romanus conviva regis der Lex Salica. Bisher ist eine solche Auffaßung, die bei einzelnen Rechtshistorikern, wie z. B. Gierke, offenbar auf gute Aufnahme zu rechnen hat[1]), nicht nur nirgends praecis formulirt, sondern man hat sich auch noch nicht einmal über die beiden Fragen einigen, oder gar klar werden können, ob das Sixhŷndeinstitut eine Neuerung, und ob es aus dem Litenstande hervorgegangen ist. K. v. Maurer verneint (Adel, SS. 130—134 u. Krit. Überschau, II. 60) beide Fragen; Waitz dagegen (VG., I.[3] 167 u. 198) nur die leztere, indem er in vollster Übereinstimmung mit v. Maurer, und unter dessen sichtlichem Einfluß, den Sixhŷnde zum vollfreien Grundbesizer macht, dessen Ansicht aber dahin emendirt, daß der Grundbesiz des Sixhŷnde übernormal gewesen sei. Endlich Kemble hat zwar (Sachsen, übers. v. B., I. 234) Hinneigung nach meiner Auffaßung; er hat sich jedoch über die beiden entscheidenden Fragen nicht schlüßig machen können. Er sagt: „Es ist schwer zu sagen, ob die sixhŷnd men die ursprünglichen Adligen, ... und . . . die twelfhŷnde nur eine bevorzugte Classe des Adels sind, die mit der steigenden Entwicklung der königlichen Gewalt eine höhere Stellung erhielt; oder ob im Gegentheil die Twelfhŷnde und Twŷhŷnde die anfänglichen Eintheilungen sind, und die Sixhŷnde nur eine Mittelclasse derjenigen Begleiter des Königs, welche entstand, als Gemeinfreie in den Dienst des Königs eingetreten, und dadurch über ihre . . . Standesgenoßen erhoben waren. Ich neige mich der lezteren Ansicht zu, theils wegen des anscheinenden Nichtvorhandenseins dieser Mittelclasse

---

[1]) Das verbürgen mir Gierkes Auslaßungen a. a. O., S. 119 f.

Digitized by Google

in Mercia" (sie kommt, wie gesagt, nur in den Gesezen von Wessex vor), „theils wegen der Weglaßung des Sixhynde in der Stelle von Edwards Geseze, welche die Zahlung für die beiden anderen Classen ordnet." Das leztere Argument, das sich auf die — wahrscheinlich (Schmid, Einleitung, S. LXV) aus der Zeit Edwards d. älteren stammende — Rechtsaufzeichnung, Schmid, Anh. VII. 1 (SS. 394—396) stüzt, ist gegenüber der Thatsache, daß schon Ines Geseze den Sixhŷnde erwähnen, völlig nichtig, und kann hier ganz übergangen werden. Sonst aber macht die Auseinandersezung klar, daß Kemble schon geahnt hat, der Sixhŷnde sei kein ursprünglicher Bestandtheil der sächsischen, ja überhaupt der germanischen Verfaßung, sondern eine spätere Schöpfung des Königthums. Zu klarer Vorstellung über den eigentlichen Entstehungsprocess ist er aber noch nicht durchgedrungen; und deshalb sind ihm über diejenige Wirkungskraft, die ihm annähernd klar geworden ist, über den entscheidenden Einfluß der Zugehörigkeit zur königlichen Trûst, nicht einmal alle Zweifel geschwunden. So ist er dann weiter auch dazu gekommen, die Frage, ob Neuerung oder nicht, nach den unsicheren Anzeichen entscheiden zu wollen, die er dafür geltend macht. Die Entscheidung ist einzig und allein der Lex Saxonum zu entnehmen. Sie kennt nur eine einzige Adelsclasse; und das ist die Classe der Twelfhŷnde. Mit absoluter Sicherheit sind wir also in der Lage, zu constatiren, daß die Sixhŷndeclasse sich erst in England, im Königreiche der Westsachsen gebildet hat. Damit ist denn auch die weitere Frage definitiv entschieden, daß Kemble Recht gehabt hat, die königliche Trûst, den Königsdienst als Bewegungskraft bei der ganzen Entwicklung zu muthmaßen, und nicht — wie Waitz — den steigernden Einfluß gesteigerten Grundbesizes. Von diesem Standpunkte aus erscheint es aber ganz unzuläßig, mit Kemble und Waitz im Sixhŷnde einen erhöhten Keorl zu sehn. Es ist weder Willkür, noch Zufall, daß Ine, c. 24 § 2 nur vom Aufsteigen des Wälen zum Sixhŷnde spricht. Der Sixhŷndestand ist vielmehr ein litischer (wälischer) Dienstadel des Königs gewesen, der eben wegen seiner litischen Geburt nur das halbe Wergeld des echten Eorl haben konnte.[1]) Wir besizen nur eine einzige Quellenstelle, welche über

[1]) Schon der englische Geschichtsforscher Robertson hat (Scotland under her early Kings, II. 280 n. 297) erkannt, daß wälische Geburt neben dem Fünfhufenbesiz wesentliche Voraussezung für den Sixhŷndestand ist; und ihm ist Stubbs (a. a. O., I. 161) gefolgt. Nach Stubbs (a. a. O., N. 3) muß aber Robertson diese Theorie nachträglich wider durch seine Essays, S. XLVIII, in Verwirrung gebracht haben, indem er dem Sixhŷnde den gesiðc. m.

Digitized by Google

den Urstoff, woraus der Stand geformt ist, Aufschluß geben kann, die Mittheilung des Tacitus (Germ., c. 25) über die einzige ihm bekannte Standeserhöhung, nämlich über diejenige des Liten. Tacitus constatirt dort, daß in den republicanischen Föderativstaten nur selten der Lite bei Familienangelegenheiten des Hlâford mit zu Rathe gezogen werde (raro aliquod momentum in domo), und von allen öffentlichen Geschäften ganz ausgeschloßen sei (nunquam in re publica); im Gegensaz dazu aber hebt er hervor, daß der Lite in den Königreichen an beiderlei Angelegenheiten so thätigen Antheil nehme, daß er sogar zum Vorgesezten, und zwar nicht bloß von Gemeinfreien, sondern selbst von echten Edelingen ernannt werde. Dort ist die Wurzel der Entwicklung, welcher wir hier nachzuspüren suchen. Baumstark hat (Staatsalterthümer, S. 180 u. 818) den lezten Theil des Berichts, welcher das günstigere Los der königlichen Liten betrifft, auf die germanischen Despotien einschränken wollen, und Waitz ist dieser Meinung (VG., I³. 153, N. 4) nicht ungeneigt gegenübergetreten; indeß es ist offenbar, daß Tacitus vollkommen generel spricht; und wir haben auch alle Ursache, ihn so zu verstehn. Wenngleich der Lite in den nicht monarchischen Staten regelmäßig selbst vom Familienrathe des Hlâford, von der eigentlichen Mägð, ausgeschloßen war, so dürfen wir doch unbedenklich annehmen, daß die vornehmeren Haushaltungen, die Haushaltungen des Adels, mit litischen Hausofficianten versehen waren; und diese adlige Tradition ging mit allen übrigen adligen Gewohnheiten und Anschauungen auf das Königthum über. Sie eben ist es, wo die dem königlichen Liten so überaus günstige Entwicklung eingesezt hat.

Das alte Volkskönigthum ist eine durchaus patriarchale Einrichtung; im Beówulf (v. 914 u. 1961) wird das ganze Reichsgebiet des Königs êðel, sein Thron (v. 2372) der êðel-stôl genannt; und dem entsprechend nimmt die königliche Landesregirung durchgehends die Form der Haus- und Hofhaltung im Großen an. Nichts

---

unlandâgende an die Seite gestellt hat, während er grade das litische Seitenstück des landâgende ist. Außerdem hat Robertson (nach Stubbs, a. a. O.) an der bezeichneten Stelle der Essays den Sixhŷnde auch mit dem northumbr. dreng parallelisirt. Dieser Name ist mir nicht weiter bekannt, als daß ich (aus Leo, Glossar, S. 613, Z. 8 ff. und Byrhtnoths Fall, v. 149 (Wülcker, S. 59) weis, daß dreneg, dreng einen satelles oder ein Mitglied des getrum bezeichnet; auch vermuthe ich, daß das drink-leân, Cnut, II. 81 (Schmid, S. 314) das Dienstlehn eben eines solchen dreng ist. Dieser dreng dient aber eben als Fußsoldat, während wir den Sixhŷnde als Ritter kennen lernen werden. Wenn also der northumbr. dreng wirklich mit demjenigen in Byrhtnothsfall identisch sein sollte, so hat er hier ebenfalls nichts zu suchen.

Digitized by Google

natürlicher unter diesen Umständen, als daß kein systematischer Unterschied zwischen den Wirthschaftsofficianten des Königs und seinen politischen Gewaltboten gemacht wird; und daß in Folge dessen auch litische Elemente in die königliche Trûst aufgenommen werden. Damit gelangte also der königliche Lite zu dem, was dem Liten der Idee nach grundsäzlich versagt war, zu wirklich politischer Rechtsfähigkeit[1]); und es entstand der irrational widerspruchsvolle Zustand, dessen Verkörperung der Sixhŷnde und der Romanus conviva regis sind, daß Leute, die mit solchem Rechte ausgestattet waren, doch einen wirklichen Herren über sich anerkennen mußten, und deshalb im Wergelde in der That noch immer als „Halbfreie", wie Gaupp und Hegel sagen, erschienen. Es begreift sich unter solchen Umständen auch vollkommen, daß „apud ceteros impares libertini libertatis argumentum" waren.

Wie uns die königliche Trûst im Beówulf entgegentritt, bot sie der Nobilitirung des Wälen, bez. Liten die einfachste Handhabe. Derselbe wurde zunächst in die Geogoð eingestellt, wo er als „puer regis" zu Fuß (im getrum) oder zu Ross (im werod) zu dienen hatte. Von dort konnte er aber auch unter die eigentlichen Eorls versezt werden; und erfolgte diese Beförderung ohne Verleihung der vollen Ingenuität, so wurde der Mann Sixhŷnde. War er ingenuus, oder wurde ihm bei der Beförderung die Ingenuität verliehen, so wurde er Twelfhŷnde. Die Forderung des Fünfhufenbesizes in Ine, c. 24 § 2, sagt im wesentlichen dasselbe, wie ich alsbald zeigen werde. Sie faßt die Sache von der civilen, ich hier, der größeren Deutlichkeit wegen, von der militärischen Seite auf. Daß ich aber darin Recht habe, zeigt cap. 6 der sogen. Leges Pseudocanuti (Schmid, Anh. XX, S. 425; vgl. dazu Schmid, Einleitg., S. LXVIII), wo râd-kniht als neuerer Name des Sixhŷnde angegeben ist. Der Ausdruck kniht bedeutet von Hause aus puer, junior, und wird in gewißen Gildestatuten, die sicher nicht jünger sind, wie die Leges Pseudocanuti, zur Bezeichnung einer Rangstufe

[1]) Dahn will (Könige, I. 58 f.) den Bericht des Tacitus von Erhöhung der königlichen Liten nur von thatsächlicher Vermehrung seines Einflußes, nicht von wirklich rechtlicher, bez. politischer Steigerung verstehn. Das scheint mir ganz unmöglich. Selbstverständlich aber hatte die Anstellungsfähigkeit solcher Liten im Statsdienste ihre bestimmten statsrechtlichen Schranken; sie konnten nur solchen Personen vorgesezt werden, die gleich ihnen wirkliche Dienstleute des Königs, und zwar kriegerische oder höfische, bez. ländliche waren. Nur in königlichen Tûnen u. s. w. konnten sie daher auch als Magistrate fungiren. Das ist jedoch ein Punkt, dessen genauere Erörterung nicht Aufgabe dieser Abhandlung ist.

Digitized by Google

innerhalb der þegn- und kniht-Kaufgilden gebraucht, die nicht ganz an den þegn heranreicht. (Vgl. Gross, Gilda mercator., SS. 20—22, u. S. 25, N. 1). Der königliche þegn selbst — oder wie er damals dann und wann noch genannt wurde, der gesið — bezeichnete aber jener Zeit die unterste Stufe der Zwölfhŷndeleute. Es kann also keinem Zweifel unterliegen, daß der Name râdknicht einen berittenen, d. h. ritterlichen puer regis bedeutet, der in die Schar der Eorltrûst aufgenommen, dadurch aber doch nicht Twelfhŷnde geworden, weil er eben noch puer regis geblieben ist. Das Gleiche ist offenbar auch beim fränkischen grafio und sakebaro, der puer regis ist, sowie beim Romanus conviva regis der Fall.

Wie verhält es sich nun aber mit dem Fünfhufenbesiz des Sixhŷnde? K. v. Maurer (und eigentlich auch wohl Waitz) nimmt (a. a. O.) an, man habe dem Sixhŷnde für je 1 Hufe 120 Schill. Wergeld zugebilligt; und so sei der Mann eben „Sechhunderter" geworden. Daß das jedoch nicht der Sinn jenes eigenthümlichen Requisits ist, ergiebt sich schon daraus, daß die fünf Hufen nicht als absolutes Maß, sondern höchstens als Minimalmaß aufzufaßen sind. Sehr nahe, zumal für uns, die wir eben gesehn haben, daß die Beförderung zum Sixhŷnde — mindestens in gewißem Sinne — ein militärisches Aufrücken bedeutet, liegt aber der Gedanke, die Vorschrift für ein Analogon zu Karls d. Gr. Memorandum u. s. w., c. 2 (Boretius, Capit., S. 134 f.) und ähnlichen fränkischen Vorschriften behufs Regelung der Heerdienstpflicht zu erklären; und wirklich haben das auch K. v. Maurer (Adel, S. 157; Krit. Überschau, II. 408), Schmid (Glossar, S. 666 ff.) und Stubbs (a. a. O., SS. 155—157) in zwei analogen Fällen, welche den þegn und gesið betreffen, gethan. Bei genauem Betracht erscheint das jedoch verfehlt. Grade die beiden lezt erwähnten Fälle weisen auf einen ganz anderen Weg hin; sie laßen deutlich erkennen, daß der Ine c. 24 § 2 verlangte Fünfhufenbesiz königliches Dienstland (âre) ist, dessen Verleihung den Mann in die Classe der höheren königlichen Dienstleute einreiht, entsprechend dem — wahrscheinlich voraufgegangenen — militärischen Avancement in der königlichen Trûst. In der den þegn betreffenden Rechtsaufzeichnung (Schmid, Anh. V, c. 2, S. 388) wird gesagt: „Und wenn ein Keorl es so weit gebracht, daß er volle 5 Hufen eigenen Landes hatte mit Kirche und Küche[1]), einer Speisehalle[2]), und einem grundherrlichen Richtersiz unter dem

[1]) Der Keorl hat keine besondre Küche. Die Kirche soll offenbar besagen, die betreffende Grundherrschaft solle ein eigenes Kirchspiel für sich bilden.

[2]) bellhûs ist das Haus, worin sich die Speisehalle für die inhîwan befindet.

Digitized by Google

Burgthor[1]), sowie einem höheren Amte[2]) in des Königs Halle, dann stand ihm hinfort þegn-Recht zu.“ Zweierlei springt hier sofort in die Augen: 1. der Verfaßer beschreibt einen als burh in sich gemeindlich geschloßenen Edelsiz; und 2. denkt er sich diesen in juristischem Zusammenhange mit einem Hofamte (sundernote), das den Grundherrn zum þegn macht. Es kann daher in diesem Falle evident keine Rede davon sein, die Standeserhöhung lediglich von dem Fünfhufenbesize abzuleiten.

Dem scheint allerdings zu Gunsten der abweichenden Ansicht v. Maurers u. s. w. cap. 6 unserer Aufzeichnung zu widersprechen, wonach der Kaufmann, der drei Mal auf eigne Kosten über See gefahren, ebenfalls in den Thanenstand aufrückt. Indeß diese Notiz ist hier völlig einflußlos. Sie überliefert kein gemeines, sondern lediglich stätisches Gilderecht. Der Saz kann nur von den þegn- und kniht-Gilden (Gross, Gilda merc., SS. 19—25) ausgebildet sein. Unser þegn ist gar kein þegn im echt angelsächs. Sinne[3]), im Sinne des cap. 2; er gehört zu den twŷhŷnde þegnas, an die der oben erwähnte Erlaß Kanuts d. Gr. (Cod. dipl., Nr. 731) mit gerichtet ist; also zu einer Personclasse, die das echte angelsächs. Recht nicht kennt.

Meine Folgerung, daß der in Frage stehende Fünfhufenbesiz königliches Dienstland ist, bestätigt, wie gesagt, auch die andere, den Gesið betreffende Rechtsaufzeichnung, Schmid Anh. VII. 2, §§ 9—12 (S. 396 u. 398): „Wenn der keorlische Mann zu einer Grundherrschaft von fünf Hufen unter des Königs auswärtiger Dienerschaft[4]) gelangt ist, so muß man seine Tötung mit 2000 Trimsen sühnen. Und wenn er es auch zum Besiz von Helm, Panzer und vergoldetem Schwertgriff gebracht hat; er ist dennoch

---

Dieselben werden mit der Glocke zu Tisch und Versamlung zusammengerufen. Vgl. Schmid, S. 534, s. v.

[1]) burh-geat-setl. Vgl. Schmid, S. 541, s. v.

[2]) sundernote. Vgl. Leo, Glossar, S. 375, Z. 45.

[3]) Gross nimmt offenbar an, die þegnas der Gilden seien echte þegnas im ags. Sinne; so weit sie es jedoch bloß nach Gilderecht sind, muß das entschieden bestritten werden.

[4]) tô kyninges ûtware. Ich verstehe: apud extraneam familiam regis, d. h. auf königlichem Domaniallande als Commandeur der königlichen Hausmiliz. Die ûtwaru sind die Leute (leudes), welche des Königs ûtland oder geneât-land, im Gegens. z. inland (Edg., II. 1, Schmid, S. 186, u. Glossar, S. 596, s. v. geneâtl.) innehaben. Kemble (a. a. O., I. 233) läßt den Ausdruck unerklärt; v. Maurer (Adel, S. 158) versteht „Zur Landesvertheidigung“; ihm sind Schmid (Glossar, S. 671) und Waitz (G. G. A., 1858, III. 1705) gefolgt. Schmid nimmt aber ganz richtig an, daß der Nomin. Sing. von ûtware, ûtwaru (femin.) laute, und danach kann das Wort schlechterdings nur die Bedeutung haben, die ich ihm beigelegt habe. (Ganz abwege ist Leos Etymologie, Glossar, S. 15, Z. 7 ff.)

Digitized by Google

nur Keorl, wenn ihm die Grundherrschaft fehlt. Wenn aber sein Sohn und Sohnessohn zum Besiz einer so großen Grundherrschaft gelangen, dann ist die Nachkommenschaft gesîðcund, und hat ein Wergeld von 2000 Trimsen.“ Der Verfaßer dieser für uns ganz besonders interessanten Aufzeichnung versteht offenbar unter gesîð dasselbe wie das Beówulfslied, die kentischen Geseze und die westsächs. Ines, nämlich den Eorl im ältesten Sinne; und diesem sezt er den þegn, den bediensteten Gesîð, nicht nur vollkommen gleich, sondern identificirt ihn sogar mit ihm; ist sein gesîð genau dasselbe wie der þegn der vorher besprochenen Rechtsaufzeichnung. Das sezt schon der Umstand außer Frage, daß er hier dem Gesîð dasselbe Wergeld von 2000 Trimsen beilegt, wie in cap. 5 seiner Aufzeichnung dem þegn, und daß er sonst in seiner Wergeldscala den Gesîð gar nicht erwähnt. Während also der Beówulf in Übereinstimmung mit den kenter Gesezen und den wessexer Ines noch den Unterschied zwischen gesîð (bez. eorl) und þegn macht, daß lezterer eben der besonders bedienstete Gesîð ist, der Gesîð schlechthin dagegen nur Trûstmann und Genoß des Königs, geht der Verfaßer dieser Aufzeichnung davon aus, daß jeder Gesîð auch þegn des Königs sei. Wir müßen danach annehmen, daß der Verfaßer dieser lezteren Rechtsaufzeichnung den Fünfhufenbesiz seines Gesîð sich im wesentlichen ebenso qualificirt gedacht hat, wie der Verfaßer von Anh. V. denjenigen seines þegn; und daß es sich bei unserem Gesîð um königlichen Beneficialbesiz handelt, markirt der oben hinlänglich besprochene Umstand, daß die fünf Hufen „tô kynges ûtware“ beseßen werden müßen, noch ganz besonders stark.

Der Schluß ex analogia auf die gleiche Qualification des Fünfhufenbesizes des Sixhŷnde ist ms. Es. hier gar nicht abzuweisen. Es liegen indeß noch ganz besondre Gründe vor, die ihn gradezu aufzwingen. Ich gehe um so lieber daran, sie darzulegen, weil dadurch die vorliegende Frage überhaupt noch sehr helles Licht empfangen, namentlich aber die Thatsache, daß der Sixhŷnde dem Stande der Liten angehört, zur Unumstößlichkeit erhoben werden wird.

Unter König Kanut finden wir bekanntlich eine stehende königliche Miliz, die sogen. Hûskeorls. Es ist das eine Einrichtung, welche sich auch sonst in den german. Königreichen, wie z. B. bei den Franken, nachweisen läßt, und die, ausweislich des im folgenden Abschnitt zu besprechenden Geneât, sowie des schon im I. Abschnitt (S. 46) erwähnten hors-wealh, längst vor Kanut in den angelsächs. Königreichen bestanden hat. Die Officiere dieser Miliz, die sogen. Hûskarls, waren durch einen Schwertgriff mit Goldverzierung ausgezeichnet (Kemble, Sachs., übers. v. B., II. 102). Eben dieser Aus-

Digitized by Google

zeichnung erwähnt nun auch die leztbesprochene Rechtsaufzeichnung, und läßt durch das, was sie darüber sagt, keinen Zweifel darüber, daß unter ihrem Keorl — und folgeweis auch unter dem in Anh. V — nicht der Keorl im alten Sinne, sondern der Hûskeorl zu verstehn ist. Wir lernen also hier zuerst eine militärische Einrichtung kennen, von der das alte Recht absolut nichts weis, und die ein analoges Aufsteigen des Gemeinfreien zum Adelsstande ermöglicht, wie es ehedem dem Wälen als Liten des Königs gestattet war. Der Hûskeorl muß also als gemeinfreies Seitenstück zum wealh gafolgilda, der Hûskarl als solches Seitenstück etwa zum horswealh betrachtet werden. Unmöglich läßt sich also annehmen, daß der Fünfhufenbesiz, womit der Wäle nach Ine, c. 24 § 2 ausgestattet sein soll, um Sixhŷnde zu werden, anders qualificirt gewesen sei, wie derjenige des þegn und gesîð in Anh. V u. VII. 2. Mehr aber noch. Der Fünfhufenbesiz macht den gemeinfreien Hûskarl zum þegn, bez. gesîð; das heißt im Sinne der alten wessexer Terminologie, er eröffnet ihm den Eintritt unter die Twelfhŷnde; der horswealh dagegen wird durch dieselbe Beförderung nur zum Sixhŷnde gemacht! Mir scheint, deutlicher kann das Gebrechen der wälischen, bez. litischen Geburt, deutlicher wie in diesem Gegensaz, kann die Thatsache nicht hervortreten, daß eben nur dies Gebrechen auf der niederern Stufe zurückhält.

Die Belehrung, welche wir durch die beiden Rechtsaufzeichnungen gewinnen, ist aber damit noch nicht erschöpft. Wenn wir uns den oben (S. 62) mitgetheilten Denkspruch von der taktischen Anordnung des Heereskörpers und den taktischen Functionen der einzelnen Heeresabtheilungen vergegenwärtigen, so können wir uns klar machen, daß der Hûskarl taktisch noch nicht zur Duguð, sondern zum Werod gehört; der þegn oder gesîð dagegen gehört der ersteren an, und ein Gleiches muß taktisch vom Sixhŷnde angenommen werden, der ja über den bloßen Hûskarl ebenfalls durch seinen Fünfhufenbesiz schon hinaus ist. So bestätigt denn also Anh. VII, 2 auch die oben (S. 87 f.) angedeutete militärische Seite der Sache. Beide Rechtsaufzeichnungen aber laßen übereinstimmend erkennen, daß die civile Seite der Beförderung darin besteht, daß der Mann vom Könige als Landrîca eingesezt wird. Das eben umschreibt das Requisit des Fünfhufenbesizes, das uns, als reiner Maßstab betrachtet, vollkommen unverständlich bleibt.

Da stellt sich aber vor Thoresschluß noch ein Bedenken ein; und ich hoffe, daß seine Beseitigung endlich noch die lezten Dunkelheiten, welche die grundherrliche Stellung des Sixhŷnde umhüllen, verscheuchen werden. Die Sache ist die, daß Anh. V, c. 2 aus-

Digitized by Google

drücklich „eigenen“ Besiz von fünf Hufen verlangt. Ich habe den Punkt bisher absichtlich unberührt gelaßen, um meine Darstellung nicht zu verwirren; jezt aber ist es Zeit, zu fragen, ob die Worte „fîf hîda âgenes landes“ mit meiner Auffaßung vereinbar sind. Die Vet. Versio giebt die Worte durch „quinque hidas terrae suae propriae“, und noch bestimmter heißt es Legg. Pseudocanuti, c. 60 (Schmid, S. 431) „quinque hidas de suo proprio alodio.“ Indeß das kann nicht widerlegen; keine der beiden Übersezungen ist autoritativ; und daß sie hier fehl gegangen, läßt sich sehr wohl beweisen. Der viel besprochene Gegensaz von gesîðcund man landâgende und unlandâgende zeigt, daß das Adject. âgen im vorliegenden Falle einen wesentlich anderen Sinn hat, wie jene beiden Übersezungen darin finden. Nur freilich muß dieser Gegensaz richtig verstanden, und nicht in der bisherigen Weise als grundbesizend und landlos misdeutet werden. Halten wir uns deshalb zuvörderst an Ine, c. 51 (Schmid, S. 44). Hier wird eine dreistufige fyrd-wîte (Heerfahrtbuße, d. h. Buße des Heerpflichtigen, der die Heerfahrt treulos oder feig versäumt) festgesezt, je nachdem der Delinquent gesîðc. m. landâgende, oder gesîðc. m. unlandâgende, oder endlich bloßer keorl ist. Der erstere büßt mit dem vollen Königsbann von 120 Schillingen, der zweite mit dem halben, der dritte nur mit einem Viertel Königsbann; dem ersteren aber, dem landâgende gesîðc. m. wird außer dieser fyrdwite noch der Verlust seines Landes angedroht. Daß dies Land Alod (im lehnrechtl. S.) sei, davon kann ohnehin keine Rede sein; Alodialbesiz verfällt durch solches Delict nicht der Confiscation; außerdem läßt aber auch die Thatsache, daß der landâgende mit dem vollen Königsbanne bedroht ist, deutlich erkennen, daß er als königlicher landrîka betrachtet wird. Das weist denn auch auf eine von der bisherigen durchaus abweichende Auffaßung der Bezeichnung des zweiten gesîðc. m. als „unlandâgende“ hin. Es kommt dabei wider die Frage des Alodialbesizes, der alodialen Landlosigkeit in keiner Weise in Betracht, sondern es soll nur ausgedrückt werden, daß der Mann zwar zur Mägð des Gesîð gehört, aber nicht der eigentliche Landrîka, nicht der Grundherr, sondern nur grundherrlicher Haussohn ist. Eben deshalb hat er auch nur den halben Königsbann zu zahlen. Aus gleichem Grunde kann Burhbryke (Ine, c. 45, Schmid, S. 42) auch nur gegen den land häbbende gesîðc. m., nicht gegen den unlandâgende, begangen werden; denn Burhbryke, gewaffneter Einbruch in den Burgbezirk, ist Verlezung des grundherrlichen Rechts, und kann daher nur gegen den verübt werden, dem das burhgeat-setl gebührt, d. h. gegen den landâgende. Ich nehme daher unbedingt an, daß das

Digitized by Google

Adject. âgen in Anh. V, c. 2 nur ausdrücken soll, der Mann müße selbst der Landrîka der fünf Hufen sein, nicht bloß zu dessen mitangesiedelter Mägð gehören, weil er in lezterem Falle eben nicht þegn, sondern nur gesîðc. m. unlandâgene sei.

Das Ergebniß der vorstehenden Erörterung bestätigt auch Ine, c. 50 (Schmid, S. 44): „Wenn ein gesîðc. Mann vor dem Könige oder dessen Ealdorman, oder vor seinem Grundherrn (hlâford) betreffs eines Unrechts, das einer seiner Hausgenoßen, gleichviel ob freier oder unfreier, begangen hat, einen Sühnevertrag schließt, so erhält der Gesîð kein Gerichtsgefälle davon, zur Strafe dafür, daß er es vorher unterlaßen, den Hausgenoßen von der Übelthat abzuhalten.“ Vorausgesezt wird hier, daß der gesîðc. Mann seinen Inhîwa, wie ich übersezt habe, Hausgenoßen, wie aber vermuthlich zu verstehn ist, Hufengenoßen, d. h. denjenigen, welchen er auf die speciel von ihm bewohnte Hufe aufgenommen hat, vor Gericht, und zwar selbst vor dem grundherrlichen Burgthorgericht, zu vertreten hat. Der Grundherr aber, von dem das Gesez spricht, ist eben der landâgende gesîðc. m., welcher das Burgthorgericht abhält. Er ist auch der eigentliche Gesîð des lezten Sazes, dem zur Strafe in diesem Falle sein grundherrliches Gerichtsgefälle abgesprochen wird. Hier treten also der eigentliche Gesîð als landrîca und der mitangesiedelte gesîdcund man unlandâgende recht plastisch unterschieden einander gegenüber.

Wie ich vermuthe, gehört auch der abziehende gesîðc. m. in Ine, c. 63 (Schmid, S. 50), sowie der vertriebene, Ine, c. 68 (Schmid, S. 52) in die Kategorie gesîðc. m. unlandâgende.

Ähnlich wie die grundbesizenden und landlosen Gesîðs hat man auch die beiden Kategorien unter den Thanen unterscheiden wollen. Vgl. z. B. Stubbs, a. a. O., I. 157. Indeß die Bezeichnung gelandod þegn — z. B. Äðlst., VI. 11 (Schmid, S. 170) — an die man sich dabei gehalten, rechtfertigt die Unterscheidung auch hier nicht. Der gelandod þegn ist derjenige, welcher mit dem gerêfa zusammen als dessen Unterrichter in den Grafschaftsbezirk eingewiesen ist. Er ist ebenso wie der bisher besprochene gesîðc. m. landâgende wesentlich Schuldheiß, und hat auch seinen eigenen Bezirk, worin er als Landrîka waltet. Der Ausdruck gelandod soll in der allegirten Stelle auch nur besagen, daß die betreffenden Thane mit zu jenem Grafschaftsbezirke gehören, das Gesez also auch für sie verbindlich ist.

Ich glaube, ich kann damit meine Untersuchuug betreffs des Sixhŷnde schließen, ohne eine Lücke im Beweise der von mir aufgestellten Säze gelaßen zu haben.

Digitized by Google

IV.

Die Zweitheilung des einfachen Freienstandes.

Der Zwietheilung des Adelstandes geht in den german. Rechten die Zweitheilung des Standes der Gemeinfreien parallel; und sie bildet das genauste Analogon zu ersterer. Es kann wohl kaum einem Zweifel unterliegen, wird auch allgemein, wenngleich nicht immer aus den stichhaltigsten Gründen [1]), angenommen, daß diese Sonderung eine Neuerung ist, von der Caesar und Tacitus noch nichts gewußt haben. Zweifelhaft kann nur sein, ob sie sich vor dem Sixhŷndestande oder ähnlicher Institute, oder gleichzeitig mit ihm, oder erst später ausgebildet hat. Die herrschende, neben v. Sybel, Gierke u. a. auch von Waitz (VG. II. 1³. 264—267) vertretene Ansicht, welche diese Neubildung einzig und allein aus dem privativen Grundeigenthum erklärt [2]), muß ihr nothwendig dessen völlige Ausbildung voraufgehn laßen, und führt somit zu dem Ergebniß, sie sei jünger, wie der Sixhŷndestand. Ich bin dagegen der Meinung, daß die Freiheitsminderung gewißer Freigeborner keineswegs bloß die Folge gänzlich mangelnden oder hinter dem Normalmaß erheblich zurückbleibenden Grundbesizes ist; sondern daß darauf mindestens ebenso viel der Umstand eingewirkt hat, daß der Mann sich zu niederen Diensten bequemen mußte. Das aber führt zu der Annahme, daß der niederere Freienstand sich mindestens ebenso früh entwickelt hat, wie der Sixhŷndestand. Ich sehe, um es kurz zu sagen, in der in Rede stehenden Spaltung der Gemeinfreien auch

---

[1]) Das möchte ich z. B. behaupten von der sybelschen Deduction (a. a. O., S. 16), der übrigens Gierke (a. a. O., S. 57) im wesentlichen zustimmt. Das demokratische Gleichheitsprincip, das hier der Urzeit im Anschluß an Hanssen, bez. Olufsen (Hanssen, Agrarhistor. Abhandlgn., S. 2 u. 7) zugeschrieben wird, bleibt doch immerhin für die Gesamtheit der germanischen Welt so zweifelhaft, daß man es ms. Es. nicht wohl zur Grundlage einer solchen Deduction machen kann.

[2]) Vgl. jedoch auch Waitz, a. a. O., S. 303, wo bereits im wesentlichen die Ansicht ausgesprochen ist, die ich sogleich vortragen werde.

Digitized by Google

insofern ein genaues Analogon zur Entwicklung des litischen Adelstandes, als ich ebenfalls wider Grundbesiz und Dienst zusammenwirkend finde. Wir haben den Ursprung des Sixhŷndestandes im Aufstiege des Liten zu Eorldiensten und eorlischem Grundbesiz kennen gelernt; im Gegensaz dazu werden wir uns jezt überzeugen, daß der Stand der — sit venia verbo — Minderfreien dadurch entstanden ist, daß massenhaft Gemeinfreie zum Colonatsbesiz und den damit verbundenen Colonatsdiensten hinabgestiegen sind. Tacitus (Germ., c. 25 u. 26) und die Lex Alamannor. 38. 1, sowie Lex Bajuvarior., Apend. I (Mon. Germ., Legg. III. 335) laßen ja auch nicht den mindesten Zweifel darüber, daß der Colonatsdienst seit uralter Zeit den Germanen ein „opus servile“ war. (Vgl. auch Gierke, a. a. O., S. 91.)

Es ist unfraglich, daß auf die massenhafte Vermehrung des Standes der Minderfreien die Ausbildung der königlichen, kirchlichen und adligen Grundherrschaften, namentlich auf romanischem Boden und in karoling. Zeit entscheidend eingewirkt hat (vgl. z. B. Gierke, a. a. O., S. 119 f., v. Inama, a. a. O., S. 253 ff., Waitz, a. a. O.); aber die standesmäßige Scheidung als solche hat sich nachweislich viel früher vollzogen. Die ältesten german. Volksrechte erkennen sie bereits an, so daß keine Rede davon sein kann, sie — mit v. Inama (a. a. O., S. 259) u. a. — für Deutschland erst in die karoling. Zeit verlegen zu wollen. Der Beweis dieser Behauptung ist so leicht und zuverläßig, daß ich das Aufkommen der ihr widersprechenden Ansicht kaum begreifen kann.

Schaun wir doch nur ein wenig um uns. Es liegt sogar eine Thatsache vor, die erkennen läßt, daß die Germanen schon über ein Jahrhundert vor den ältesten Volksrechten ganz allgemein mit der Idee und Einrichtung der Freiheitsminderung durch Übernahme dienstlicher, mit bestimmten Dienststellen verbundener Verpflichtungen, vertraut gewesen sind. Ich meine die schon im ersten Abschnitte berührte Existenz der landwirthschaftlichen Kriegercolonien im römisch-byzantinischen Reiche, die terrae laeticae mit ihren germanischen Laeti. Wie dunkel auch noch heutigen Tags verschiedne der erheblichsten, die rechtsgeschichtliche Bedeutung dieser Laeti betreffenden Punkte sind, darüber ist man einig, daß es Germanen, und zwar keineswegs bloß litische Germanen, gewesen, die durch Annahme einer terra laetica, etwa eines drink-leân, wie die Angelsachsen sagen, sich dem römischen Kaiser zum Heerdienst verpflichtet haben, während des Friedens aber bäuerliche Landwirthschaft betrieben. (Vgl. Roth, Beneficialwesen, SS. 46—51, v. Bethmann-Hollweg, German.-roman. Civilproc., I. 113; Waitz, VG. I³. 119 f.). Frondienstpflichtig sind diese Leute allerdings nicht;

Digitized by Google

sonst aber gleichen sie gewißen späteren germanischen Dienstleuten, namentlich dem niederen angelsächs. Geneât, der uns in diesem Abschnitt noch viel beschäftigen wird, aufs Har; und ihre Freiheit von bäuerlichen Frondiensten ist offenbar lediglich aus den Verhältnißen des römisch-byzantin. Reichs zu erklären, durchaus nicht aus der Abneigung des freien Germanen gegen derartige Unterwürfigkeit. Sich selbst aber bezeichnen die Leute, die sich aus allen germanischen Stämmen recrutiren, mit dem zweifellos germanischen Begriffswort Lät, also mit einem Worte, das in der Lex Salica, wie in den kenter Gesezen zweifellos den der eigentlich politischen Rechte Baren bezeichnet. Die Laeti liefern somit den Beweis, daß der Germane schon Jahrhunderte vor der Abfaßung der ältesten german. Volksrechtsbücher, beispielsweis der Lex Salica, mit der Idee vertraut war, durch Übernahme einer bestimmten Classe von Grundstücken seine Freiheit, wenn man lieber will, sein statsbürgerliches Ansehn, zu mindern, weil an dem übernommenen Grundstücke eine Lebensart haftete, die nicht bloß im Frieden colonisch war, sondern auch darin etwas Knechtisches hatte, daß sie dazu zwang, den Kriegsdienst als gemeinen Herrendienst, nach Art der mittelalterlichen Söldlinge, zu verrichten. Der Act solcher Gutsübernahme war übrigens schwerlich mit jenem Formalact verbunden, den die heutige Doctrin Commendation nennt. Um das vorstehende Ergebniß zu sichern, haben wir daher auch nicht nöthig, uns erst mit der durch die Doctrin nicht wenig verwirrten Frage abzufinden, ob es wohl gestattet sei, für jene Zeiten schon Commendationen anzunehmen.

Ich habe aber schon oben gesagt, die ältesten german. Volksrechtsbücher bewiesen, daß man die Freigebornen, die in ähnlicher Weise dingliche, am Grundbesiz haftende Herrendienste übernommen, als wirklich in ihrem Standes*recht* herabgedrückt behandelte. Nach dem, was ich über die Laeti bemerkt habe, wird es auch nicht mehr den Anschein gewinnen, als läge in derartigen Rechtssäzen, bez. Rechtsaufzeichnungen, eine Neuerung. Wenn wir in einzelnen wahrnehmen sollten, was wir in der That wahrnehmen werden, daß die Minderfreien vom Heerdienst so gut wie zurückgedrängt, dafür aber desto entschiedner auf den bäuerlichen Frondienst hingedrängt sind; so werden wir darin vielmehr nur das Endziel einer weit früher begonnenen Entwicklung erblicken.

Ich beginne mit den Gesezen des burgund. Königs Gundobad, die ungefähr ebenso alt sind, wie der älteste Theil der Lex Salica.[1])

[1]) Über das absolute Alter von Gundobads Gesezen vgl. Gaupp, Ansiedlungen, S. 282; S. 291 f.; SS. 298—317. Daß sich daraus das im Text behauptete relative Alter ergiebt, wird sich später zeigen.

Digitized by Google

In den Gesezen dieses Königs wird, II. 2 (Mon. Germ., Legg. III. 533) unterschieden der nobilis optimas, der mediocris und die minor persona. Die leztere Personenclasse wird, ebendas. I. 2 (Mon. Germ., a. a. O., S. 573) als leudis bezeichnet, d. h. als Dienstmann[1]), und andere Stellen laßen erkennen, daß man davon den colonus oder originarius, d. h. den glebae adscriptus, sowie den diesem ziemlich gleich stehenden servus, unterschieden hat. Die minor persona also — das wird auch von Waitz (VG., II. 1.[3] S. 266 f.) angenommen — ist unser Mann; und wie es mit ihm bestellt ist, läßt schon die Bezeichnung leudis ziemlich deutlich errathen.

Noch weiteren Aufschluß gewährt der Pactus Legis Alamannor., der höchst wahrscheinlich von Chlodwigs Sohn und ostfränk. Nachfolger, Theuderich I. stammt, und also nur wenig jünger ist, wie Gundobads Geseze. Dort wird Fragm. II. cap. 37—39 (Mon. Germ., a. a. O., S. 36) folgende Wergeldscala aufgestellt: der baro de minoflidis 170 Schill.[2]); der medianus Alemannus 200 Schill., der primus Alemannus 240 Schill. In gleicher Weise stufen cap. 40 und 41 desselben Fragments (Mon. Germ., a. a. O., S. 37) ab: femina mino flidus, femina mediana, femina prima; und endlich unterscheiden cap. 25—27 des Fragm. III (Mon. Germ., a. a. O., S. 39) den infans[3]) mino fledis, medianus und meliorissimus.

v. Savigny hat bekanntlich (a. a. O., S. 13) unsern baro de mino flidis für den alemannischen Liten erklärt, und Merkel ist ihm darin (De republ. Alamannor., Berlin 1849, 8°, SS. 5 ff. u. 30, und dann in seiner Einleitung und im Commentar zu seiner Ausgabe der alemann. Gess. in den Mon. Germ.) beigetreten. Diese Ansicht ist jedoch unhaltbar, und hat auch alsbald Widerspruch

[1]) Über die Bedeutung von leudis vgl. Roth (Beneficialw., S. 277), und speciel für Gundobads Geseze, Waitz (VG. II. 1.[3] 266 f., namentlich auch S. 267, N. 1, und die dort angezogene Literatur). Der Grundbegriff des Wortes ist offenbar homo, Mann, wie auch Waitz annimmt. (Wackernagels Erklärung — bei Binding, Gesch. d. Roman.-burgund. Königreichs, Leipzig 1868, 8°, S. 393, läuft auf plebejus hinaus, was ich nicht für richtig halte). Der Germane gebraucht aber das abstracte Mann häufig im Sinne von Dienstmann; und so ist es hier gemeint. Secretan hat also (in dem von Waitz, S. 267, N. 1, bezeichneten Aufsaze) im Sinne von Gundobads Gesezen das Wort richtig gedeutet.

[2]) Die Frage, ob die Zahlenangabe richtig, oder (wie Jac. Grimm, RA., S. 273, und nach diesem v. Savigny, RG. d. Adels, S. 12, sowie Waitz, a. a. O., S. 265, N. 1, wollen) in 160 zu verbessern sei, ist hier ohne Interesse.

[3]) v. Savignys kritikwidriger Vorschlag (a. a. O., S. 12, N. 5) infans in „infank“ zu ändern, würde zur reinen Textcorruption führen. Die einzig nothwendige Emendation ist die Streichung der Worte „qui alterius“ in cap. 25.

Digitized by Google

erfahren[1]); namentlich ist ihr auch Waitz (G. G. A., 1850, I. 410—416, bei Gelegenheit der Recension von Merkels soeben genannter Monographie, sowie VG., I.[3] 152 f. u. II. 1.[3] 264 ff.) entgegengetreten; und sie muß heute als überwunden bezeichnet werden.[2])

Das hat auch seine volle Berechtigung.

Es läßt sich nämlich ein Argument aufstellen, dessen sich schon Gaupp (Ansiedlgn., S. 130) gegen v. Savigny bedient hat,

[1]) Namentlich von Gaupp, der schon 1834 (Das Gesez d. Thüringer u. s. w., S. 173) die Minofliden für Freie erklärt hatte. Vgl. Gaupp, Recht u. Verf. d. alt. Sachsen (1837), S. 104, und bes. Ansiedlgn., SS. 128—131. Vgl. ferner Waitz, VG. I.[3] 152, N. 2.

[2]) Gaupp hat sich auch mit der Frage der Entstehung des Medianenstandes befaßt, und dadurch einen Einfluß auf Waitz ausgeübt, den ich hier nothwendig zur Sprache bringen muß, weil daraus eine Theorie hervorgegangen ist, die meine Auffassung von den Ursachen der Entstehung eines Minderfreienstandes ausschließen würde, wenn sie richtig wäre. Gaupp hat nämlich gleich bei der ersten Gelegenheit, wo er unser Thema berührt, die Überzeugung ausgesprochen, die Minofliden seien der ursprüngliche Gemeinfreienstand und die Medianen ein über diese aufgestiegener Stand, den er schließlich (Ansiedlgn.) sogar für einen Adelstand erklärte. Diesen lezteren handgreiflich fehlerhaften Theil von Gaupps Theorie hat Waitz sich allerdings nicht angeeignet, wohl aber (VG. II. 1.[3] 264 ff.) den Grundgedanken derselben; und kommt somit zu einer Erklärung der Entstehung des Minoflidenstandes, welche grade den umgekehrten Weg von demjenigen, worauf ich die Entwicklung vor sich gehn zu sehen glaube, als den wirklichen Entwicklungsweg bezeichnet. Ich finde das um so auffallender, als Waitz selbst ausdrücklich anerkennt, daß der Minderfreie sich auf einem niederern Niveau befindet, wie das, worauf ursprünglich der Gemeinfreie gestanden. Die Entwicklung ist unter solchen Umständen im Ganzen noch nicht erklärt, wenn man bloß auf das Aufsteigen der Medianen hinweist, sondern es muß doch immer noch eine zweite Phase des Niedersinkens der Minderfreien angenommen werden. Man kommt also auf diesem Wege zu einer höchst mislichen Doppelheit des Entwicklungsganges. Indeß davon will ich hier ganz abseh̄n, sondern nur noch ein Wort über die „Quellenmäßigkeit“ der gaupp-waitzschen Theorie sagen. Dieselbe Ansicht, die ich hier vertrete, ist schon von K. v. Maurer (Adel, S. 225) ausgesprochen. Dagegen wendet Waitz (VG. II. 1,[3] 265 N. 2 a E.) ein, diese Ansicht widerspreche „den Zeugnißen, die wir haben.“ Auch dem classischsten, unwidersprechlichsten, das in dieser Frage denkbar ist, der eben erwähnten geschichtlichen Thatsache, daß der Stand der Minderfreien sich unter dem eigentlichen Niveau der Gemeinfreien befindet? Welche „Zeugniße“ hat denn nun aber Waitz für seine Theorie vorzubringen? Nichts weiter (G. G. A., a. a. O., S. 411), als daß die allemann. Lex Hlotharii den Minofliden liber schlechthin nennt. Das kann doch aber unter den obwaltenden Verhältnißen unmöglich ausreichen zu der Annahme, dieser Stand sei der Urstamm der Gemeinfreien. Sie sind eben noch frei; aber außer der nackten Freiheit und dem daraus fließenden beschränkten Rechte der Freizügigkeit haben sie nichts mehr mit den übrigen Freien gemein. Deshalb heißen sie Frilinge schlechthin; ein Name, den auch die Genoßen der sächs. Lazzen im Stellinger-

Digitized by Google

und das später von Waitz (G. G. A., a. a. O., S. 413) Merkel entgegengehalten ist. Neben dem Minofliden erscheint im alemann. Pactus, Fragm., II. c. 27 u. 29 (Mon. Germ., a. a. O., S. 35), c. 48 (ebendas. S. 38) und c. 50—56 (ebendas. S. 38) auch der let oder lit, bez. die letin, litin, lesa, lisa. Merkel will diesen Liten allerdings mit dem Minofliden identificiren; indeß Waitz hat vollkommen Recht, solch Verfahren als kritikwidrige Willkür zurückzuweisen. Sind aber Minoflid und Lite verschieden, so muß ersterer auch dem Geburtstande der Freien, wenn auch nicht dem der Vollbürger angehören. Und da stellt sich denn noch ein zweites Argument ein, dessen sich ebenfalls Gaupp und Waitz schon bedient haben, und das von mir in der vorigen Note beleuchtet ist, die Thatsache nämlich, daß die Lex Hlotharii (cap. 69 § 1 — im Gegens. z. § 4 — Mon. Germ., a. a. O., S. 68 — und cap. 17 — ebendas., S. 50) den Minofliden „liber“ schlechthin, d. h. Friling, nennt.

Was besagt denn nun aber die Bezeichnung des Minderfreien im alemann. Pactus? Um hierüber sicheren Aufschluß zu erhalten, ist es vorweg nöthig, eine praejudicielle Frage der Orthographie zu erörtern. Die althergebrachte, längst vor Merkel übliche Schreibart behandelt minoflid als ein (zusammengeseztes) Wort, wie es auch, wenigstens in den Monumenta Germaniae, historica u. s. w., in einem später zu besprechenden Novellengeseze Chlodwigs geschrieben ist. Im Pactus Legis Alam. dagegen, und nach der Ausgabe der Lex Salica von Hessels (London 1880, gr. 4°, S. 408) auch in jenem chlodwigschen Novellengesez, wird überall das eine Wort in die zwei mino und flidis (flidus ist bloßer Schreibfehler) oder fledis aufgelöst. Das ist ein sicheres Zeichen, daß beide Worte eigentlich selbständig sind, und folglich in ihren Endungen die Flectionsform bewahrt haben. Was ist nun aber die Bedeutung der beiden Worte? Um das zu beantworten, müßen wir erst wißen, welchem Dialect sie angehören. Bisher — z. B. von v. Savigny, von Gaupp, von K. v. Maurer (Adel, S. 79 f.) und von Merkel — ist dieser Frage gar keine Beachtung geschenkt, sondern als selbstverständlich angenommen, daß man es hier mit dem alemannischen Dialect zu thun habe; indeß die Bezeichnung findet sich, wie gesagt, auch in einem Novellengesez Chlodwigs; und das ist zweifellos älter,

kriege führen. Das Zeugniß des Pactus, der dem Beginne der Entwicklung des Standes der Minderfreien um Jahrhunderte näher steht, wie die Lex Hlotharii, muß doch auch wohl in der vorliegenden Frage das Zeugniß der lezteren aufwiegen; der Name aber, den er unseren Leuten beilegt, deutet auf Dienstbarkeit, und nicht auf Freiheit hin, wie wir sehn werden.

Digitized by Google

wie der alemann. Pactus. Es ist folglich gar nicht daran zu denken, daß die Worte alemann. Ursprungs sind, sondern fränkisch sind sie; und in der Aufnahme der Bezeichnung baro de minoflidis in den alemann. Pactus macht sich nur der starke fränk. Einfluß auf diese Gesezgebung geltend, der auch an verschiedenen anderen Punkten deutlich zu Tage tritt. Die Erheblichkeit dieser Feststellung liegt darin, daß — wie auch der gewichtige Kenner Waitz (VG. II. 1³, S. 131) für die hier allein interessirende merowing. Diplomatik bezeugt — die Franken sehr häufig e mit i vertauschen; beispielsweis sagen sie minare, statt menare. Daß auch in flid ein hochdeutsches e steckt, zeigt die alemann. Nebenform fled; wir werden uns also nöthigen Falls berechtigt fühlen, für mino ein hochd. meno zu vermuthen.

Widerholen wir nun die Frage: was bedeutet baro de mino flidis? Merkel hat bekanntlich bereits (in der gen. Monographie und widerholt Mon. Germ., Legg., III, N. 22 zu Pactus, c. 60) eine etymologische Antwort auf diese Frage gegeben; und sie ist auch allgemein als die richtige angenommen. (Vgl. namentlich Waitz, G. G. A., a. a. O., S. 412 u. VG., I³. 152.) Indeß ich vermag nur einzuräumen, daß Merkel betr. der Deutung des Wortes flid, fled, wenigstens den richtigen Weg gezeigt hat; seine Deutung des Wortes mino dagegen scheint mir völlig verfehlt; und damit auch die Deutung der Bezeichnung im Ganzen. Statt baro de mino flidis steht verschiedentlich auch minor, was Merkel offenbar als minor natu, und nicht, wie er ms. Es. gesollt hätte, als minor persona, verstanden hat; und da das ahd. neutr. flazzi, flezzi, altsächs. fletti, flet, ags. flet, auch genealogia bedeuten kann (vgl. Schade, Altd. Wörterb., 2. Aufl., S. 204), so hat er die ganze Phrase barones de m. fl. im Sinne von: die Leute aus den niederen Geschlechtern, also für eine weitläufige Umschreibung von „Plebejer" genommen. Dieser Etymologie drückt scheinbar das mittellatein. Adjectiv minoflidus das Siegel der Bestätigung auf. Wenn es auf Genauigkeit des Ausdrucks nicht ankommt, läßt es sich allenfalls durch plebejus ersezen; und Merkel hat daher auch nicht versäumt, sich auf dies Wort zu berufen. Dabei ist jedoch übersehn, daß die constante gesezliche Bezeichnung barones u. s. w. de mino flidis, und daß diese auch in den Urkunden die weitaus gebräuchlichste ist. (Vgl. Boos, Liten u. Aldionen, S. 40.) Daraus ergiebt sich, daß minoflidus eine spätere Wortbildung ist, mit der man das weitläufigere baro de mino flidis hat vermeiden wollen; und daß wir also doch bei der weitläufigeren, aufgelösten Ausdrucksweise stehn bleiben müßen, wenn wir ein wirklich befriedigendes Ergebniß erzielen wollen. Dann stehn wir aber

Digitized by Google

auch dem kleinen Wörtchen mino lange nicht mehr so ungebunden gegenüber, wie Merkel. Dieser macht sehr kurzen Process damit, indem er es für eine Begriffsnüancirung im Sinne von „minder", die Composition minoflida als durch „Mindergeschlechter" erklärt. Um das unübersteigliche sprachwißenschaftliche Hinderniß, daß mino weder in irgend einem german. Dialecte, noch im Lateinischen, einschließlich des mittelalterlichen Lateins, jemals „minder" bedeuten kann, hat er sich dabei nicht gekümmert; aber grade diese Barrière hindert mich absolut, ihm auf seinem etymologischen Wege zu folgen. Ich sehe nur einen Weg, aus dem Dilemma herauszukommen, nämlich flid, flet in seiner Grundbedeutung von casa zu nehmen, und mino für einen german. Genit. Plur., und zwar eines fränk., dem althochd. femin. menî entsprechenden Substantivs. Die Bezeichnung minô flid, alemann. meneô flezzi würde dann die den gutsherrlichen Befehlen unterworfene Bauernstelle, das frondienstpflichtige Bauernhaus bedeuten; die ganze Phrase baro de minoflido also genau auf dasselbe hinauslaufen, was die Angelsachsen kürzer kôtsetla nennen. Was das besagt, werden wir später erfahren. Vorerst will ich nur noch aufklären, warum die Geseze und Diplome niemals das latinisirte flid im Singular sezen, wie ich hier gethan habe, sondern stets im Plural (flidis). Die Minofliden waren durchgehends angesiedelt in markgenoßenschaftlichen Villae, die Angelsachsen nennen sie Boldgetal, wie wir sehn werden; der Plural de mino flidis soll also so viel sagen wie: vom grundherrlichen Dorfe. Es scheint mir daher auch sehr wahrscheinlich, daß Chlodwigs Gesez, sowie der alemann. Pactus voraussezen, daß die „barones" auf königlichem Grund und Boden angesiedelt sind. Daß die alemann. Lex Hlotharii den Ausdruck barones u. s. w. de mino flidis mit der Bezeichnung Frilinge vertauscht hat, hängt möglicher Weise auch damit zusammen, daß inzwischen schon andere kirchliche und weltliche Grundherren solche Barone in Dienst genommen haben.

Bevor ich weiter vorgehe in meiner Untersuchung, will ich nur noch aufmerksam machen auf zwei Anzeichen, die ms. Es. mit kräftiger Stimme dafür sprechen, daß ich Recht habe, wenn ich unser flid als casa deute, und die ganze Bezeichnung mit der auf dieser casa haftenden Frondienstpflicht in Causalnexus bringe. Das erste ist ein ags. Gesez, nämlich Ine, c. 67 (Schmid, S. 52), aus dem hervorgeht, daß die Dienstpflicht eben an der casa, der Stelle haftet, so daß die Stellenübernahme an und für sich auch die Übernahme der ortsüblichen Dienste bedeutete, ohne daß es irgend eines sonstigen Rechtsactes — namentlich also auch keiner Commendation — bedurfte. Ines Gesez schreibt vor: „Wenn man ausbedingt, daß einem

Digitized by Google

oder mehreren Gärten (gyrde landes; — gyrd kann hier nicht Ackermaß, sondern muß die Einzäunung bedeuten) eine Abgabe vom Ertrage (râde-gafole = tributum ex commodo) aufgelegt werden solle, und darauf das Land beackert wird, will dann der Grundherr das Land höher belasten, so daß nicht bloß Zins, sondern auch Frondienst davon zu entrichten sei, so hat der Mann nicht nöthig, diese Verpflichtung anzuerkennen, sofern ihm nicht seine Wohnung vom Grundherrn gewährt wird. Der (vertragsbrüchige) Grundherr aber soll (zur Strafe) seines Anrechts auf die Äcker (d. h. des Zinsrechts) verlustig gehn." [1])

Das zweite Anzeichen entnehme ich der sächs. Geschichte. Es besteht in der einfachen Thatsache, die ich schon oben erwähnt habe, daß die aufständischen Lazzen und ihre Genoßen, die pfleghaften Frilinge, i. J. 841 den Namen „Stellinger" als neuen Volksnamen angenommen haben. (Nithard, Hist., IV. 2; Mon. Germ., Scriptt., II. 669.) Nithard hat wohl nicht — wie Kentzler (Forschgn., XII. 409, N. 3) glaubt — das Wort Stellinger für neu erklären wollen, indem er den Namen als „nomen novum" bezeichnete; sollte er das aber doch beabsichtigt haben, so hätte er sich nachweislich geirrt. Prudentius von Troyes sagt klar und deutlich in seinen Annalen z. J. 841 (Mon. G., Scriptt., I. 437): „Saxonibus, qui stellinga apellantur, quorum multiplicior numerus in eorum gente habetur." Es kann keine Rede davon sein, mit Kentzler (a. a. O.) die Frage aufzuwerfen, ob diese Worte mehr Glauben verdienen, oder Nithards „nomen novum"; Prudentius sagt etwas ganz anderes wie Nithard, und ich kann zwischen beiden überhaupt keinen Widerspruch entdecken. Prudentius theilt uns nur mit, daß die Berufsstandsbezeichnung der Aufständischen „Stellinger" gewesen, und zwar längst vor dem Aufstande, sowie daß die Stellinger unter den Sachsen im allgemeinen, nicht etwa bloß in den aufständischen Landestheilen, die eigentliche Volksmasse, die plebes gebildet hätten; Nithard aber constatirt nur, daß die Bezeichnung Stellinger von den Aufständischen an Stelle des dem Stande der Edelinge und den gemeinfreien Vollbürgern entlehnten Namens Sachsen zum Volksnamen erhoben sei. Was besagt denn nun aber das Wort „stelling"? Die Frage ist widerholt erörtert [2]); aber Usinger hat Recht, wenn er sie (Forschungen z. Lex Sax., S. 41) als noch „ungelöst" bezeichnet. Hätte man die Worte des Prudentius richtig gewürdigt, so würde man sicher längst ans Ziel gelangt

[1]) Vgl. auch Ine, c. 68: Verstoßung des gesîðc. m. aus der Mägð durch Ausweisung aus der Behausung.

[2]) Vgl. die betreffende Literatur bei Kentzler, a. a. O.

Digitized by Google

sein; so aber hat man stets nach einem Zusammenhange zwischen dem „nomen novum“ und dem Aufstande als dem vermeintlichen Erzeuger des Namens gesucht, und daran sind selbst solche Erklärungsversuche gescheitert, die wenigstens vom richtigen Etymon ausgegangen waren. Solcher Versuche sind drei ans Licht getreten: 1. Wedekind, Noten z. einigen Geschichtschreibern des deutschen Mittelalters, Bd. II (Hamburg 1835, 8°), S. 474, N. 682; 2. H. Leo, Vorlesungen über d. Gesch. d. deutsch. Volks u. Reichs, I. 514, N. 2; und 3. v. Jasmund, Die Geschichtschreiber d. deutsch. Vorzeit, IX. Jhrh., Bd. VI (Nithard), S. 56 f., N. 1. Der leztere ist der weitaus bedeutendste; er steht unter K. Lachmanns Aegide, und ist lediglich an dem bezeichneten Vorurtheil gescheitert. Die genannten drei Schriftsteller gehen übereinstimmend davon aus, daß stelling mit stal zusammenhängt, wobei Wedekind noch sehr glücklich auf die Ortsnamen Stellum, Stallum, Burgstal, Heristal, Panstal aufmerksam macht; der Gedanke aber, daß stelling den Inhaber eines „stal“ oder flet bezeichnen könnte, bleibt ihnen allen, in Folge des Vorurtheils, das sie blendet, ganz fern. So verhält sich die Sache aber wirklich; und diese überaus einfache Lösung des Räthsels ist es, was dasselbe grade hier so höchst interessant macht. Eben diese Lösung aber war dem Übersezer Nithards von Lachmann bereits in die Hand gegeben. „Herr Professor Lachmann“, sagt v. Jasmund (a. a. O.), „verweist mich auf die Form stalling, iederdeutsch für stelling, wie sie sich im fries. Compositum upstallink zeigt. Unter lezterem Worte führt v. Richthofen, Altfries. Wörterb., S. 969, eine Selle aus einem mnd. Text an: upstallinc, dat is en hovelinc. Hovelinc aber ist: . . . . mansionarius.“ Dem upstalling läßt sich noch das althd. dingstellari (Schade, Altd. Wörterb., 2. Aufl., S. 103) anreihen, was stationarius, d. h. ebenfalls mansionarius, bedeutet, zugleich mit dem durch ding ausgedrückten Nebenbegriff, daß der Mann die Stelle nur gedungen hat durch Dienst und Zins. Das sächs. stelling dürfte sich begrifflich vollkommen mit dem fries. upstalling decken, und somit den Besizer einer Hofstelle bezeichnen, welche zu einem Edelhofe gehört, und also auch mit Frondienst und Zins belastet ist.

Wenden wir uns nun zur ältesten salfränk., bez. fränk. Gesezgebung, d. h. zur Lex Salica und dem mehr erwähnten Novellengesez Chlodwigs. Da uns aber das leztere mit seinem Minofliden für die Lex Salica selbst den Weg bahnen muß, so wird es unerläßlich sein, eine kurze chronologische Erörterung voraufzuschicken, welche zeigt, daß wir berechtigt sind, die Novelle als Präjudiz für die Lex Salica selbst zu behandeln.

Digitized by Google

Die Frage der Abfaßungszeit der Lex Salica ist ganz neuerdings erst wider Gegenstand der eingehendsten Forschung geworden. R. Schröder hat (zunächst in seinem Aufsaze „Die Ausbreitung d. salisch. Franken" — Forschgn. z. deutsch. Gesch., Bd. XIX, bes. S. 170 f., später noch ergänzt durch den Artikel „Üb. d. Ligeris i. d. Lex Sal.", ebendas., SS. 471—73, und dann noch durch die Erörterungen in „Die Franken und ihr Recht", SS. 36 ff.) nachzuweisen gesucht, dieselbe müße allerdings noch während der Heidenzeit, aber nach der Niederwerfung des Syagrius, entweder i. J. 486 oder einem der beiden folgenden Jahre entstanden sein. Das Hauptargument, worauf er sich dabei stüzt, ist, daß die Loire bereits in Tit. 47 der Lex Salica als Grenzfluß des fränkischen Gebiets behandelt werde. Dies Argument ist später auch von v. Sybel (a. a. O., SS. 308 ff.) aufs stärkste gegen Waitz betont, der früher behauptet hatte, die salische Lex antiqua sei schon unter Chlojo entstanden. Und in der That, schon dies Argument ist vollkommen durchschlagend. Thonissen bekämpft es allerdings (a. a. O., SS. 13—16) noch heute zu Gunsten der älteren Datirung; indeß Waitz selbst (VG. II. 1,[3] S. 131 f., bes. auch S. 132, N. 1, in Vrb. m. Thonissen, S. 16 f., N. 2) zeigt, daß Thonissens Gegenargumentation sich kaum halten läßt, und giebt auch noch aus einem anderen Grunde, den Schröder ebenfalls urgirt, den aber Thonissen ganz unberücksichtigt gelaßen hat, seine frühere Position thatsächlich preis. Auch das Münzsytem der Lex Salica weist nämlich auf deren Entstehung nach der ersten gallo-romanischen Eroberung durch Chlodwig hin, wie Soetbeer („Beiträge z. Gesch. d. Geld- u. Münzwesens in Deutschland", Forschgn. z. deutsch. Gesch., I, bes. SS. 588—599) nachgewiesen hat; und das ist nach dem eigenen Urtheile von Waitz (S. 132) eine Thatsache, welche die alte Datirung widerlegt. Wir werden somit Schröders Chronologie unbedenklich als richtig anerkennen, und somit ganz gewiß Chlodwigs Novelle gewißermaßen als Präjudiz für die Lex Salica selbst behandeln dürfen.

Was sagt denn nun aber die Novelle? Es handelt sich um den sogen. Titel der Lex Salica: „De hominem inter duas villas occisum" (Mon. Germ., Legg., II. 1), und diesen überseze ich, wie folgt: „Wenn ein Mensch erschlagen wird an der Landstraße, und zwar an einer Stelle, wo sie sich zwischen zwei Villae hinzieht, die einander sehr nahe benachbart sind, und zusammengehören [1]),

---

[1]) „juxta strada aut inter duas villas." Ich verstehe das aut wie et, und nehme die Worte „inter d. v." für eine Vervollständigung der ersteren Orts-

Digitized by Google

so soll der Richter, wenn, wie gewöhnlich, keine handhafte That vorliegt, sich zum Thatort begeben, und dort das Horn blasen. Wenn sich dann jemand meldet, der die Leiche recognoscirt, so muß der Verwandtschaft von der Tötung amtlich Nachricht gegeben werden; wird die Leiche dagegen nicht recognoscirt, so haben die Nachbaren, auf deren Feldmark (campus) oder vor deren Dorfthor (exitus)[1]) die Leiche gefunden ist, ein fünf Fuß hohes Gerüst zu machen, und sie in Gegenwart des Richters darauf zu legen. Darauf hat ihnen der Richter anzusagen: Die Tötung dieses Mannes ist auf eurer Feldmark, bez. vor eurem

---

bezeichnung. Die Vervollständigung scheint mir das „juxta str. aut" auch so überflüßig zu machen, daß ich ihre Auslaßung in der wolfenb. Handschr. (Hessels, Cod. 2, S. 408) weder für Zufall, noch für Willkür halte. Anders denkt R. Schröder (D. Frank. u. ihr R., S. 58 f.), über die Sache, dem sich Waitz (VG. II. I.³ 393, N. 4) angeschloßen hat. Er will die beiden Fälle der Auffindung juxta strada und der Auffindung inter d. v. unterscheiden. Nur im lezteren Falle soll der Verdacht auf zwei Dörfer fallen, indem der Richter feststellt: „Homo iste in vestibulum vestr. est occisus." Im ersteren Falle dagegen wird seiner Meinung nach nur ein Dorf verdächtig; und zwar dasjenige, auf dessen Feldmark die Leiche gefunden ist. In diesem Falle soll die richterliche Feststellung daher lauten: „Homo iste in vestro agro est occisus." Mir scheint, diese Auslegung scheitert an dem praktischen Gesichtspunkte, daß unmöglich eine Gemeinde der Tötung verdächtig werden kann, wenn etwa eine halbe, oder gar eine ganze Stunde weit von ihrer Ortschaft eine Leiche neben der Heerstraße zufällig auf ihrer Feldmark gefunden wird. Die Nähe des Fundortes bei den Behausungen scheint mir eben der indicielle Verdachtsgrund gegen deren Einwohnerschaft zu sein. Deshalb halte ich auch die Erwähnung der villa für unsere Ortsbezeichnung für unentbehrlich. Daß dieselbe aber nicht bloß von einer villa spricht, sondern den Fundort „inter duas v." verlegt, ist grade für uns der interessanteste Punkt an der Sache, der daher auch im Text aufzuklären ist. Hier sei nur noch bemerkt, daß ich die strada für die Hauptscheidegrenze der beiden verdächtigen villae halte.

[1]) Die Worte exitus und vestibulum, von denen Waitz (a. a. O.) mit Recht bemerkt, ihr Sinn sei nicht ganz deutlich, sind hier, wie Waitz ebenfalls annimmt, im wesentlichen gleichbedeutend. Gengler erklärt (Glossar. s. v.) exitus durch Flurgrenze; Schröder (S. 59) durch Dorfgrenze. Lezteres stimmt im wesentlichen mit meiner Auffaßung überein. Ich denke mir nämlich die villa als geschloßene Burg oder als umzäuntes Dorf, tūn. (Mit v. Inama, a. a. O., S. 44 u. 97 f., bei den villae an Einzelhöfe zu denken, scheint mir wie Schröder und Waitz rein unmöglich. Vgl. namentlich in dieser Hinsicht Waitz, VG. II. 1.³ 389, N. 2.) Das umzäunte Dorf durchschneidet bekanntlich die Dorfstraße, und diese mündet auf die strada aus. Dort suche ich den exitus, während das vestibulum wohl als Burgthor zu verstehen ist. Die Worte in campo laßen dagegen die Leiche weiter ab von diesen Stellen auf der eigentlichen Feldmark liegen.

Digitized by Google

Dorf- oder Burgthore[1]) begangen. Ich mache hiermit öffentlich bekannt, daß die Leiche vor Ablauf einer Woche nicht vom Gerüst herabgenommen werden darf; und ich klage euch dieser Tötung an, auf daß ihr am nächsten Gerichtstage erscheint, um das Urtheil darüber zu vernehmen, was euch nach dem Geseze obliegt" u. s. w. Meiner Auffaßung nach richten sich Anklage und Vorladung stets nur gegen die Angehörigen der einen villa, „in cujus campo vel exitu", bez. „agro vel vestibulo" die Leiche gefunden ist. Zum Zwecke des Recognitionsverfahrens, von dessen Verlauf es abhängt, ob es zum Offizialverfahren kommt, werden dagegen die Einwohner beider villae durch das Alarmsignal des Hornblasens herbeigerufen. Wie aber kommt der Gesezgeber dazu, den Fundort der Leiche inter duas villas zu verlegen? Ich glaube, hier hat die lebendige Anschauung entschieden. Die angelsächs. Geseze laßen klar erkennen, daß das minoflidische Boldgetal, die minoflid. villa nicht weit ab von der Herrenburg, der curtis dominica (v. Inama, a. a. O., S. 127 f.) gelegen hat; und ebenso muß es bei den Franken gewesen sein. Die beiden villae, von denen das Gesez spricht, werden nicht bloß als proximae, sondern überdies noch ausdrücklich als „sibi vicinae", d. h. — wie ich übersezt habe — als „zusammengehörig" bezeichnet. Die Herrenburg, und das dazu gehörige Boldgetal stehen, der Sonderung ihres ager, bez. campus ungeachtet, wesentlich in demselben Vicinitätsverhältniße zu einander, wie die vicini jeder einzelnen Villa[2]); die Froner der einen haben ja zum großen Theil die Feldarbeiten auf dem ager der anderen zu verrichten. Grade bei diesen ländlichen Grundbesizungen, die, beiläufig bemerkt, zu Chlodwigs Zeit durchschnittlich noch königliches Fiscal- oder Beneficialgut gewesen sein dürften, wird sich der Fall am häufigsten ereignet haben, daß Menschen getötet wurden, und daß der Thäter höchst wahrscheinlich einer der „vicini" war; und eben deshalb wurde grade für solche villae proximae, „sibi vicinae", — im Gegensaz zu den größeren Städten — dies Specialgesez erlaßen. Das deuten auch die Eingangsworte des Gesezes an.

Hören wir nun das Gesez weiter. Der überlieferte Text bedarf allerdings der Emendation; lernen wir indeß zunächst den überlieferten Text kennen. Er lautet: „Tunc vicini illi, quibus nuntiatur a judice, ante 40 noctes, qui meliores sunt, cum sexagenos quinos juratores — d. h. jeder selbständige Haus-

[1]) Man erinnere sich bei dem Burgthore an das burh-geat-setl des ags. Thans.

[2]) Vgl. Gierke, a. a. O., S. 137.

vater unter ihnen mit je 65 Eideshelfern — se excusent, quod nec occidissent, nec sciant, qui occidissent; mino flidis vero vicini quinos denos juratores — d. h. wider jeder Hausvater je 15 — donent.“ u. s. w. Die nothwendige Emendation der Stelle, die ich vorzuschlagen habe, besteht in der Einschiebung der Praeposition de vor mino flidis; sie hat gewiß keinen Widerspruch zu fürchten. Dann aber giebt der Passus folgenden Sinn: Weist die Verdachtsinzicht auf das minoflidische Boldgetal hin, so findet die Reinigung eines jeden Minoflid, d. h. Hausstandes, durch seinen Hausvater mit 15 Eideshelfern statt; weist sie auf die Herrenburg, die „meliores“, so muß jedes Haus durch seinen Hausvater unter Zuziehung von 65 Eideshelfern gereinigt werden.[1] Den enormen Unterschied in der Eideshelferzahl erklärt der Umstand, daß die minoflid. Hausstände viel kleiner sind, wie die vornehmeren. Nach v. Inama (a. a. O., S. 239) ist anzunehmen, daß der Minoflide durchschnittlich nicht mehr, wie 2 Kinder hatte.

Nun zur Lex Salica. Daß auch sie schon den landlosen Freien gekannt hat, der sich gezwungen sieht, wenigstens geliehenes Land durch Dienst zu suchen, zeigt am evidentesten der viel besprochene Tit. 45.

Es versteht sich von selbst, daß ich mich hier nicht auf die Kritik der verschiedenen Ansichten einlaße, welche grade über diesen Titel in neuester Zeit laut geworden sind. Der Hauptsache nach habe ich es mit sächsischen und angelsächsischen Rechtszuständen zu thun; und wo ich Details des fränkischen u. s. w. Rechts erörtere, geschieht es nur der besseren Beleuchtung analoger sächsischer und angelsächsischer Verhältniße wegen. Diesem Zwecke aber genügen folgende Bemerkungen. Unstreitig ist, daß der fahrende Mann des Tit. 45 ein bisheriger Ausmärker ist, welcher in das Dorf, oder wenigstens auf dessen Feldmark[2] neu anzieht. Über diesen Thatbestand hinaus hört aber die Einigkeit unter den Forschern auf.

---

[1]) Ähnlich sondert Schröder (a. a. O., S. 53 f.) den minoflidisch. und herrschaftl. Grundbesiz territorial von einander ab. Wie derselbe aber dazu kommt (S. 52), „die Gehöfte der unfreien und hörigen, später auch der freien Hintersaßen“ um den Herrenhof „gruppirt“ sein zu laßen, ist mir schlechterdings unerfindlich. Auch Waitz macht (VG., II. 1.[3] 264, N. 3 a. E.) ein ungläubiges Gesicht dazu.

[2]) Es geht aber nicht an, nur an die Feldmark, also an Rodung, Neubruch, d. h. Gründung einer neuen Ansiedlung zu denken, wie ehedem Waitz (Das alte Recht der salischen Franken, S. 128 f.) gewollt hat, und heute noch (VG. a. a. O.) will, und wie auch Thonissen (a. a. O., S. 540, N. 1) im Anschluß an ihn will. Das dafür den Worten „quod ibi laboravit, demittat“ ent-

Digitized by Google

Sohm (Fränk. Reichs- u. Ger.-Vf., S. 61 f., N. 13) und v. Sybel (a. a. O., S. 51 f.) wollen die Phrase „super alterum" migrare, welche für die vorliegende Untersuchung entscheidende Bedeutung hat, unter Anschluß an Eckard und Pardessus verstehn als: „nolente altero", d. h. als: des Widerspruchs irgend eines Märkers ungeachtet.[1]) Sohm sucht diese Erklärung allerdings durch eine stattliche Anzahl von Parallelstellen zu stüzen; die wirklichen Parallelstellen, die Schröder (Die Franken u. ihr R., S. 56, N. 2) zusammengestellt hat, sind dabei jedoch ohne Ausnahme übersehn. Grade umgekehrt hat denn auch später Waitz (VG., I.³ 134, N. 1, a. E.) super alterum durch: „unter Zustimmung eines anderen" gedeutet. Beide Auslegungen sind indeß sprachlich unmöglich; und die wirklichen, wie gesagt, von Schröder zusammengestellten Parallelstellen laßen keinen Zweifel darüber, daß die Worte besagen sollen: „bei einem anderen anziehn, einziehn."

Wie ist nun aber dies An- oder Einziehn zu denken? Auch hier stoßen wir wider auf nichts als Dissonanz unter den Forschern. Welche Antwort Waitz auf die Frage giebt, und daß seine Antwort nicht befriedigt, habe ich schon oben in der Note gesagt. Andere Forscher, wie Gierke (a. a. O.) und Schröder (a. a. O.) geben aber die diametral entgegengesezte Antwort: es handle sich bei dem super alterum migrare um Übernahme der Dorfstelle; das Einziehn des fahrenden Mannes bedeute zugleich das Ausziehn des bisherigen Wirths. Auch dem kann ich nicht zustimmen; und ich glaube nicht zu fehlen, wenn ich behaupte, daß Schröder bei seiner correcten Auffaßung des super alterum zu solchem Ende nicht hätte gelangen können, wenn er nicht die Existenz „freier" Hintersaßen für die Zeit der Redaction der salfränk. Lex antiqua zu entschieden in Zweifel zöge. Die Phrase super alterum migrare kann, vorurtheilsfrei betrachtet, schlechterdings nichts anderes besagen, ist — wie

---

lehnte Argument ist unstichhaltig. Die Worte ordnen nur den Verlust des Erwerbs im Dorfe oder auf der Dorfflur an. Schon vor Thonissen hat übrigens die Ansicht von Waitz Anhänger gefunden in v. Bethmann-Hollweg (German.-roman. Civilproc. s. I. 470, N. 33) und Sohm (Process d. Lex Salica, S. 14 f. N. 1.) Lezterer ist dadurch auch veranlaßt, (Fränk Reichs- u. Ger.-Vf., S. 66 f.) in Lex Sal., Tit. 14 § 4 den königlichen Geleitsbrief, der den Reisenden vor allen gerichtlichen Behelligungen schüzen soll, für ein „Rodungsprivileg" zu erklären, und mit unserm Tit. 45 in ungehörige Verbindung zu bringen. Vollständig widerlegt scheint mir übrigens Waitz durch Gierke (a. a. O., S. 76 f., N. 51).

[1]) v. Bethmann-Hollweg erkennt (Germ.-roman. Civilprocess, I. 470, N. 33) diese Erklärung nachträglich als „möglich" an, obwohl er — ausweislich jener Note — früher eine viel richtigere Auffaßung der Worte vertheidigt hatte.

Digitized by Google

ich ausdrücklich bemerken möchte, auch von v. Inama (a. a. O., S. 95) in dem Sinne verstanden — als bei einem anderen anziehn, so daß der andere als Wirth den Anziehenden als seinen Mann bei sich aufnimmt. Nach dem, was wir soeben über die vicini de mino flidis aus Chlodwigs Gesez erfahren haben, werden wir auch nicht mehr vor dem Gedanken zurückschrecken, daß es bereits zur Zeit der ersten Redaction der Lex Salica fahrende Leute in dem Sinne, wie es meine Interpretation annimmt, gegeben habe.

Damit rückt Tit. 45 sehr nahe an ein ags. Gesez heran, das für uns von großem Interesse ist, und das ich zur weiteren Erschließung des Sinnes von Tit. 45 benuzen möchte. Ich meine Alfr. 37 (Schmid, S. 90): „Be boldgetale.“ Schmids Erklärung des Wortes boldgetal (getalu ist unrichtig) führt zu keinem Ergebniß. Es liegt dem sonst häufig vorkommenden Worte bold offenbar in unserer Zusammensezung eine ganz specifische Bedeutung zu Grunde, auf die uns sofort folgende Bemerkung Hanssens (Agrarhistor. Abhandlgn., S. 5) leiten wird: „In den alten dänischen Gesezen bedeutet bool eine Wohnstätte mit Land für eine Ackerbau treibende Familie, oder einen Hof mit einem Toft im Dorfe, einem Landlos von unbestimmter Größe in der Feldmark und einem Antheile an der Gemeinwaldung, den Gemeinwiesen und Gemeinweiden.“ Legen wir diese Bedeutung unserem bold unter, so können wir auch sofort verstehn, daß getal (neutr.) hier Genoßenschaft bedeutet. Die Überschrift kündigt also das Gesez als Vorschrift betreffs der land- und forstwirthschaftlichen Genoßenschaften an, an denen man durch rechtmäßigen Besiz eines bold oder tuft, (die ags. Form für das dän. toft), einer wurth u. s. w. betheiligt wird. Hören wir nun das Gesez selbst; es schreibt vor: „Wenn jemand eine Boldgenoßenschaft verlaßen will, um in einer anderen sich einen Brodherrn zu suchen, so thue er es unter Mitwißen (und Zustimmung) desjenigen Oberbeamten, dem er bisher in seiner Bauerschaft[1]) gerichtspflichtig gewesen ist. Thut er es ohne Autorisation durch den Oberbeamten, so zahle derjenige, welcher ihm als seinem Dienstmanne Kost gewährt, 120 Schill. Strafe; doch mit der näheren Bestimmung, daß er die Hälfte davon an den königlichen Fiscus abführt, zu welchem die Bauerschaft gehört, wo der Mann früher ansäßig war, und die andere Hälfte an den Fiscus

[1]) skire. Ich halte es für entschieden unrichtig, das Wort hier für shire zu nehmen; es steht ganz im Sinne von centena, wie das Wort in den von Sohm (Fr. R.- u. G.-Vf., S. 185 f.) angezogenen fränk. Urkunden gebraucht ist. Auch ealdorman steht hier zweifellos in dem von mir angedeuteten rein abstracten Sinne.

Digitized by Google

der Bauerschaft, in die er übersiedelt.[1]) Sollte der Mann an seinem früheren Wohnorte etwas verbrochen haben, so zahle der, welcher ihn als Dienstmann aufnimmt, dafür die Buße, und außerdem noch 120 Schill. an den König."

Mir scheint es gradezu augenfällig, daß dies Gesez als Normale des fahrenden Mannes denjenigen betrachtet, der eine kleine bäuerliche Nahrung gegen Dienst sucht, der also dem Gewerbestande der Minofliden angehört. Angesichts des sprechenden Parallelismus, der zwischen dem salfränk. und diesem ags. Geseze herrscht, wird es aber unter diesen Umständen gestattet sein, auch in dem fahrenden Manne des Tit. 45 den Minofliden zu sehn. Und damit möchte ich auch das Einspruchsrecht des Tit. 45 in Verbindung bringen.

Dies Recht wird h. z. T. allgemein — jezt (VG., I.[3] 134) selbst von Waitz, dem sich auch hier Thonissen (a. a. O., SS. 540 ff.) angeschloßen hat — auf markgenoßenschaftliche Ansprüche zurückgeführt. Es herrscht nur noch eine Stimme darüber, daß Tit. 45 jedem Märker ein arbiträres Einspruchsrecht gegen die Ansiedlung eines Ausmärkers gewähre, weil jener als Genoße die Benuzung oder gar Schmälerung des genoßenschaftlichen Vermögens durch einen Ungenoßen nicht zu dulden brauche. Dennoch kann ich mich der Vermuthung nicht erwehren, dass die Sache anders zusammenhängt.

Es kann ja in der That nicht geleugnet werden, daß bei Tit. 45 genoßenschaftliches Vermögen im Spiel ist. Gleichwohl bleibt die Zurückführung jenes Einspruchsrechts auf das sogen. Vicinenrecht bloße Hypothese; und ich bin überzeugt, sie wäre gar nicht aufgestellt, wenn man nicht bisher stets von der Voraussezung ausgegangen wäre, das migrare des Tit. 45 sei entweder als die Gründung einer neuen Ansiedlung oder Abtretung einer alten, mit anderen Worten, es sei von der Aufnahme in die Markgenoßenschaft zu verstehn. Grade davon aber spricht Tit. 45 gar nicht, oder mindestens nicht hauptsächlich; und so muß man doch wohl nach anderen Motiven suchen. Und ich glaube, auch das vorgeführte Gesez Alfreds d. Gr. läßt es ziemlich deutlich erkennen,

---

[1]) Voraussezung ist offenbar, daß die beiden Boldgetale Zubehör königl. Domänen sind. Die fahrenden Leute aber treten nicht unmittelbar in den Dienst des Königs, sondern in den eines vassus dominicus, der auf der königl. Domäne mitangesiedelt ist, und ein oder mehrere Bolden zu vergeben hat. Daher die Vertheilung der Strafgelder an den „König" dort und hier, die keinen anderen Zweck hat, als jedem der beiden ealdormen seine wîte-räden zu sichern.

Digitized by Google

die Motive zur Ertheilung des Einspruchsrechts sind nicht privatrechtlicher, sie sind publicistischer, polizeilicher Natur.

Wie wenig der Germane mit den fahrenden Leuten geliebäugelt hat, laßen schon Lex Sal., Tit. 45 und Alfreds Gesez erkennen. Das Gleiche beweisen auch die rigorosen angelsächs. und fränkischen [1]) Bestimmungen über die Freipflege. Ich glaube deshalb das von Tit. 45 gewährte Einspruchsrecht hat hauptsächlich den Schuz gegen die Aufnahme von Leuten bezweckt, deren Zuverläßigkeit („Treue") nicht erprobt oder durch einen amtlichen Geleitsbrief, wie ihn Alfreds Gesez verlangt, nicht beglaubigt war. Eben deshalb kann auch das Ausweisungsverfahren nicht mehr gegen den fahrenden Mann betrieben werden, wenn er sich ein Jahr lang nach seiner Aufnahme ordnungsmäßig geführt hat. Meiner Auffaßung nach beraubt ihn übrigens jede Rechtsverlezung, welche er sich während des Probejahres zu Schulden kommen läßt, jener Schuzfrist, und diese selbst kann ich nicht mit der herrschenden Ansicht für eine Verjährungs- oder gar Ersizungsfrist halten.

Nun wird man freilich auf die analoge Bestimmung des Tit. 46 betreffs der Adfathamition hinweisen, die bereits Schröder (Forschungen z. deutsch. Gesch. XIX. 147) hier als Interpretationsmittel hat verwerthen wollen. Wißen wir denn aber auch gewiß, daß das Einspruchsrecht dort den vicini im Sinne des Tit. 45 zusteht? Ich möchte das a priori doch in Zweifel ziehn und glauben, daß es nur von den wirklichen Erben beider Theile ausgeübt werden kann; und daß also der Einspruch des Tit. 45 mit demjenigen des Tit. 46 nichts weiter gemein hat, wie die Frist. Das aber ist ein äußerlicher Umstand ohne alles Gewicht.

Doch das sind für uns im Grunde gleichgiltige Fragen. Die Hauptsache ist, daß der Ausdruck super alterum migrare aufgefaßt

---

[1]) Die Bekantschaft der Franken mit der Freipflege verrathen die älteren neutrischen Gesetze, wie z. B. die Decretio Chlotharii I, c. 12 (Boretius, S. 6) noch nicht; wohl aber tritt sie uns in dem gleichzeitigen Tit. 31 §§ 1 u. 2 der Lex Rip. (Mon. Germ., Legg. V. 225 u. Sohms Note 40 das.) in vollkommen ausgebildeter Gestalt entgegen. Ich bemerke dabei ausdrücklich, daß nach Sohms Untersuchung Tit. 31 den lezten Titel des ältesten Theiles der Lex Ripuaria bildet; und daß dieser älteste Theil des Gesezbuchs aus dem Anfange des VI. Jahrhs. stammt. (Sohm, a. a. O., S. 192.) Die karoling. Gesezgebung betrachtet die Freipflege als etwas durchaus selbstverständliches. Besonders lehrreich sind in dieser Hinsicht die langobard. Capitularien, wie Capit. a. 813, c. 4 (Mon. Germ., Legg. I. 192) und Constit. Olonn. a. 823, c. 13 (ebendas., S. 233 f.). Vgl. für Frankreich Convent. Silvacens., a. 853, c. 13 (ebendas., S. 425) und Capit. a. 883, c. 31 (ebendas., S. 550). Ob auch — mit Gierke (a. a. O., S. 120, N. 92) — die Einung v. 847, c. 2 (ebendas., S. 395) hierher zu beziehn, laße ich dahingestellt.

Digitized by Google

werden muß als „bei einem anderen Behausung und Dienst“ suchen; daß also Tit. 45 an sich, und besonders in Verb. m. Chlodwigs Gesez De hom. int. d. v. occis., keinen Zweifel darüber läßt, daß es schon damals eine minoflid. Bevölkerung gegeben, welche mit denjenigen Leuten identisch war, die Eike v. Repgow Landsaßen par exc. nennt; und daß endlich sowohl Tit. 45 wie auch Chlodwigs Gesez bestimmt erkennen laßen, daß diese dienenden landlosen Leute sehr niedrig geachtet wurden.

Ich behaupte aber, daß die Lex Salica auch sonst noch die deutlichsten Spuren von der Existenz landloser Dienstleute, sowie davon enthält, daß dieselben niedriger geschäzt sind, wie die freien Grundbesizer. Bleiben wir zunächst beim ersten Punkte stehen. Ich folgere die Existenz von freien Dienstleuten bis herab zu den Minofliden schon aus der Anwendung des Wortes baro innerhalb der Titulaturen der Lex Salica.

Das Wort ist in Kerns Händen (Die Glossen in der Lex Salica u. s. w., Haag, 1869, 8⁰, jezt in Hessels, Lex Salica, S. 542, § 244) Gegenstand vollkommen übertriebener etymologischer Künsteleien geworden. Ich bin indeß mit Thonissen (a. a. O., S. 133) der Meinung, daß die Rechtsgeschichte mit diesen Experimenten nichts zu thun hat, und gehe deshalb nicht darauf ein. Meinem Zwecke genügt das durch Jac. Grimm (RA., S. 282 f. und 310) und Müllenhoff (bei Waitz, Das alte Recht, S. 279 f.) gewonnene Ergebniß, daß unser baro dasselbe Wort ist, das schon Cicero und andere classische Latinisten gebraucht haben[1]), und daß es im mittelalterlichen Latein „Mann“ bedeutet.[2])

Nur darin weiche ich von Grimm ab, daß ich es für unrichtig halte, in baro den Begriff der Ingenuität hineinzutragen. Grade der Ingenuitätsbegriff liegt gar nicht in dem Wort, sondern es bedeutet nur Mann.[3])

[1]) Es ist ein Irrthum, wenn Thonissen (a. a. O.) behauptet, die Germanisten seien einstimmig in der Verwerfung der Identification des baro des class. Lateins mit dem baro des mittelalterlichen Lateins. Dem widersprechen schon Müllenhoffs Ausführungen (a. a. O.). Vgl. ferner Brinckmeier, Glossar. diplomatic., s. v.

[2]) Wie Sohm (Fränk. Reichs- u. Ger.-Vf., S. 93 f.) diese Deutung, gestüzt auf Kern, aus dem angeblich „entscheidenden“ Grunde zurückweisen kann, daß baro, Mann, das sich ms. Ws. nur in latein. Urkunden findet, nicht als „deutsches“ Wort nachgewiesen sei, ist mir unverständlich. Oder soll die Zurückweisung nur für das Compositum sake-baro gelten, weil sake ein fränk. Wort ist? Das (höchst wahrscheinlich) aus dem Keltischen stammende Wort baro war aber längst bei den Salfranken eingebürgert; und die Zusammenstellung baro de mino flidis ist doch wohl ein redendes Seitenstück zu sakebaro.

[3]) Hierbei treffe ich mit Waitz (VG., II. 1.[3] 238 f.) und Thonissen (a. a. O., S. 134) zusammen. Unrichtig aber ist es, wenn Waitz behauptet, nur

Digitized by Google

Läge wirklich dieser Begriff schon in dem Worte baro selbst, so würde gewiß nicht Lex Sal., Tit. 31 der baro ingenuus der mulier ingenua entgegengesezt sein, sondern man würde sich mit der Zusammenstellung baro und mulier ingenua begnügt haben. Hier, sowie in Lex Rip., Tit. 83 § 1 (Mon. Germ., Legg. V, 265) — und folgeweis Tit. 58, §§ 12, 13 (ebendas., S. 246), — wie auch Pact. Leg. Alamanor., II. 33 u. 42 (Mon. Germ., Legg., III. 36 u. 37) steht baro ganz in seiner damaligen Grundbedeutung von Mann im geschlechtlichen Sinne. Wie aber das deutsche man, das burgund. leudis, das lat. homo u. s. w. in den Rechtsurkunden des Mittelalters sehr häufig auch Dienstmann bedeuten, so auch unser baro. Ich verweise nur auf das langobard. Gesez, Roth., 17 (Mon. Germ., Legg., IV, 15), wo ich es für rein unmöglich halte, mit Thonissen (S. 134) das Wort als Mann im geschlechtlichen Sinne zu deuten, sowie auf die zahlreichen ags. Geseze und Diplome, worin baro in ganz gleichem Sinne wie Roth. 17 gebraucht ist, nämlich im Sinne von þegn, Kronwassal, Baron. (Vgl. Schmid, Glossar, S. 533, s. v. baro; Gross, Gilda merc., S. 93, und vor allem Spelman, s. v.) Dem entsprechend definirt auch Isidor von Sevilla (VII. Jhrh.), Origines s. Etymologiae, IX. 4, den Begriff von baro in folgender Weise: „Mercenarii sunt, qui serviunt accepta mercede" u. s. w.

Natürlich kommen unter solchen Umständen auch Stellen vor, wo es ohne nähere Untersuchung zweifelhaft bleibt, ob baro den dienenden Mann bezeichnen soll, oder den Mann schlechthin. So in Pact. Leg. Alam., Additam. 4, (Mon. Germ., a. a. O., S. 80) und Roth. 14 (Mon. Germ., Legg., IV. 15.) In lezterem Falle will v. Savigny (RG. d. Adels, S. 12) baro als Mann in geschlechtlichem Sinne gedeutet wißen; ich möchte es in beiden Stellen eher im feudalen Sinne nehmen. Weit intercessanter, wie diese zweideutigen Stellen aber ist für uns die Thatsache, daß die Bedeutung von baro, dienender Mann, mehrere Frondienerbezeichnungen sehr einfach erläutert, die schon Jac. Grimm sehr lebhaft, theilweis aber ohne befriedigenden Erfolg, beschäftigt haben. Ich meine namentlich das Wort „bargildo" (fries. berjelda; im Sachsenspiegel — etymolog. sinnlos — biergelde). Offenbar soll damit ein Mann bezeichnet werden, der den Werth eines freien Frondieners, eines Friling hat, minoflidischer Friling ist. Häufiger noch wie bargildo kommt in Baiern der Name barman, und sogar barskalk vor.

bei den Alemannen, d. h. in der Bezeichnung baro de minoflidis, finde sich das Wort im Sinne von dienender Mann.

Digitized by Google

(Vgl. Boos, Liten u. Aldionen, S. 44, und Waitz, VG., II. I.[3] S. 240 f., bes. N. 3.) Waitz und Boos haben unstreitig Recht, wenn sie lezteren Namen nicht als zuverläßiges Argument gegen die Freiheit des Mannes gelten laßen wollen; denn wir besizen Urkunden, worin der Barschalk ausdrücklich als Freier, d. h. als Friling, bezeichnet ist (vgl. z. B. Meichelbeck, Histor. Frisingens., Instrumenta sub Hittone, Nr. 481; b, I 255); und überdies läßt sich aus dem Beówulf die Bezeichnung skealk sogar für Eorls, wie den Beówulf selbst, nachweisen.[1]) Bar-skalk ist ebenso wie bar-man wesentlich nur Begriffsverdoppelung; allerdings ist aber dabei baro ebenso wie in der Zusammensezung bargildo, als specifische Bezeichnung des minoflidischen Froners genommen.

Wie ich schon gesagt habe, laßen nun aber auch die Titulaturen der Lex Salica keinen Zweifel darüber, daß auch die Salfranken bereits z. Zt. der ersten Abfaßung des Gesezbuchs das Wort baro zur Bezeichnung des dienenden Mannes gebraucht haben. Das baro in der Zusammensezung sake-baro, worüber Kern, Sohm u. a. so viel conjecturirt haben, bedeutet eben dienender Mann, Diener. Der Sakebaro wird bekanntlich in Lex Sal., Tit. 54 auch obgrafio genannt, und die malberg. Glosse bezeichnet ihn (nach der wolfenb. Hs.) als leode-sacke-mûther[2]); wir werden danach anzunehmen haben, daß der Sakebaro, der wohl jedenfalls mit dem tribunus Gregors v. T. identisch ist, derjenige königliche Diener gewesen, vor welchem das in Chlodwigs Capitulatur „De hominem inter duas villas occisum" vorgesehene Reinigungs-Verfahren statt gehabt hat.[3]) Kommen wir nun zum zweiten Punkte

---

[1]) Der baiersche adalskalk, Decr. Tassil, c. 7 (Mon. Germ., Legg., III 460), den Waitz (VG., I[3]. 394, N. 1) unter den Dienstadel einreihen möchte, scheint aber nicht zu den Beispielen zu gehören, wo der Titel skalk wirklich Freien beigelegt ist. Ich halte ihn für einen litischen Barschalk, der auf herzogl. Dominialgut, adal, ôðel, sizt.

[2]) Waitz versteht (VG. II. 1[3]. 207, N. 2) das Glossem als: das Wergeld (leode) des sacke-mûther, d. h. des Sakeb. Danach würde also nicht leodesakemûther, sondern nur sakemûther die glossirende Bezeichnung des Sakeb. sein. Die Gründe für meine abweichende Ansicht werde ich in der folgenden Note darlegen.

[3]) Die Frage gehört eigentlich nicht in diese Abhandlung; und ich würde sie auch ganz beiseite laßen, wenn ich mich nicht früher (Schöffenger., SS. 70 ff.) in vollkommen abweichendem Sinne geäußert, und darüber Angriffe von Waitz und Lehmann erfahren hätte. Zu meiner jezigen Auffaßung komme ich zunächst durch die Vermuthung, daß das räthselhafte ob-grafio eigentlich obasa-, obsa-grafio, grafio vestibuli, d. i. heimburgo, tribunus bedeutet, und also einen grafio bezeichnet, dem, wie jenem tribunus, die Sicherheitspolizei

Digitized by Google

meiner obigen Behauptung, zu dem Saze: die Lex Salica steht bereits auf dem Standpunkt, den Knechtsdienst des landlosen Freien als Standeserniedrigung zu betrachten. Der Beweis dieser Thatsache ist die Titulatur, welche die Lex Salica den Urtheilsfindern beilegt, das heißt die Titulatur Raginburge, bez. deren praktische Bedeutung.

---

foras portam, d. h. die Landessicherheitspolizei obliegt. Es bestimmt mich ferner das malberg. Glossem der wolfenb. Hs. leode-sacke-mûther, was ich abweichend von Waitz für eine Umschreibung der bei jenem Glossem in Rede stehenden Amtsfunction des Sakebaro halte. Das Wort mûther erscheint noch zwei Mal als malberg. Glossem in der wolfenb. Hs., nämlich Tit. 55 § 1 und im Zus. 2 zu diesem Paragraphen. (Behrend, Lex Sal., S. 71 u. 72.) Im ersteren Falle wird die Wegnahme, bez. Beraubung der Leiche eines Getöteten, die in der Weise öffentlich ausgestellt ist, wie es Chlodwigs gen. Capitular verlangt, als „mûther" bezeichnet. Im lezteren Falle heißt so die Beraubung des den Aschenkrug bergenden sogen. Seelengefäßes (sila-, sela-, d. h. sêula-we, richtig wohl wêgi), des ponticulus oder porticulus, Bezeichnungen, die von der eigenthümlichen Bauart der Gräber hergenommen sein müßen, oder des chreo-burgio-, d. h. des Staub-, d. h. Aschenbergers. (Vgl. Schade, Altd. Wörtrb., 2. Aufl., S. 352, s. v. grioz.) Ein drittes Mal begegnet dann Lex Sal. 63, 2 (Behrend, S. 80) in einer anderen Handschrift das Glossem môther als Bezeichnung des Antrustionenwergeldes, d. h. des Antrustionen selbst. Daß dies môther mit unserem mûther identisch ist, darf wohl als ausgemacht betrachtet werden. Hier aber bedeutet mûther evident Schüzer, Achselgestelle; von mûth, sermo. Dieselbe Bedeutung hat das Wort auch im Zus. 2 zu Lex Sal., 55. 1. Das Grabmal (sêola-wêgi), das den Toten aufzunehmen bestimmt ist, aber noch nicht aufgenommen hat (sequentem mortuum) die „tomba" oder der chreoburgio, ist eben der zukünftige Schüzer der geborgenen Asche und der ihr beigegebenen Schäze, wie die Einfriedigung, mantel, mandualis der Schüzer des späteren Grabmals. Aber auch aus Tit. 55 § 1 läßt sich die Bedeutung von mûther als Schüzer sehr wohl widererkennen. Eine andere Glosse bezeichnet die auf der Bahre ausgestellte Leiche als „waderido", was wahrscheinlich „wardido", behütet, unter Schuz gestellt (vom altsächs. wardôn, ags. weardian, fries. wardia) bedeuten soll. Dafür hat die wolfenb. Hs. eben mûther; und zwar, wie ich vermuthe, weil eben der leode-sacke-mûther die Leiche unter polizeilichen Schuz gestellt hat. Der Sakebaro muß also der königliche Diener sein, dessen Function es ist, dafür zu sorgen, daß der öffentliche Friede nicht durch eine Tötung, welche Familienfehde hervorruft (leode-sacke) gestört wird. Zu diesem Behufe liegt ihm zunächst die Ruchbarmachung unaufgeklärter Tötungen ob; und zwar ganz in der Weise, wie es Chlodwigs Gesez verlangt. Ebendaher dürfte sich auch wohl der Name sake-baro schreiben, bei dem sake eigentlich leode-sake, d. h. sake par exc. bedeutet. Nachher hat der Sakebaro aber auch das Reinigungsverfahren, wovon Chlodwigs Capitular spricht, zu veranlaßen; und das ist ms. Es. auch die Procedur, welche Lex Sal. 54. 4 im Auge hat, so daß ich auch diesem Geseze ein entscheidendes Argument für meine jezige Auffaßung entnehme. Ich wüßte für die Sicherheitsgewährung, wovon § 4 handelt, keinen anderen Fall zu nennen, als eben den, wenn das Reinigungsverfahren im Sinne von Chlod-

Digitized by Google

Wie schon die Vorrede beweist, halte ich unbedingt an der Ansicht fest, daß die rachineburgii legem dicentes der Lex Salica wirkliche Beamte sind. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß die Benennung Raginburge ein Amtstitel ist, wie ich früher im Anschluß an die allgemeine Ansicht[1]) geglaubt habe; sondern ich habe mich jezt überzeugt, daß die Raginburgen eine bestimmte Statsbürgerclasse darstellen, aus denen die „legem dicentes" hervorgegangen sind.

---

wigs Gesez statt gehabt hat. Tritt später ein Privatkläger auf, so muß jeder, der gehörig gereinigt ist, durch das Zeugniß der Beamten, vor denen die Reinigung geschehen ist, gedeckt werden. Und dem scheint in der That auch der Wortlaut des lezten Sazes des § 4 am besten zu entsprechen: „et si de causas aliquid de quod eis solvitur, factum dixerint, hoc ad grafionem non requiratur, unde illi securitatem fecerunt." „Und wenn sie in Rechtshändeln ausgesagt haben, daß in einem Falle der Verpflichtung, die vor ihnen erfüllt werden muß, genügt sei, so soll der Fall, worin sie die Entlastung — securitatem — erwirkt haben — fecerunt, scil. durch das Zwangsreinigungsverfahren — nicht mehr beim Grafio anhängig gemacht werden, d. h. darf deshalb keine Privatanklage mehr erhoben werden."

Wie die malb. Gl. der wolfenb. Hs. den Titel sakebaro durch leode-sacke-mûther umschreibt, so umschreibt sie den Titel des grafio durch „leodo-samitem." Man hat bei samit an Samler gedacht (vgl. Jac. Grimm, Vorrede z. Lex Sal., S. XI), und damit das leudesamium in Mark., I. 40, in Zusammenhang gebracht, das den allgemeinen Treueid aller Unterthanen bedeuten soll. (Vgl. z. B. Waitz, VG., II. 1.[3] S. 207, N. 2, i. Vrb. mit S. 206, N. 2 u. S. 351.) Ich vermuthe jedoch, daß leodo-samitem aus leode-sacke-miter corrumpirt ist, und daß die Glosse den grafio als „leode-sacke-miter" neben den sakeb. als „leode-sacke-mûther" gestellt hat. Miter, meter würde mezâri (mezzer), Richter sein. Auch der Titel „De andometo", „andocmeto", „andomito" schreibt dem grafio das met, fränk. mit, bez. gemet, fränk. kimet, abgekürzt k'met zu; ando-met, eigentlich anado-met, ist Zumeßung, die eine injuria enthält. Die markulfsche Formel aber, der man das leudesamium entlehnt hat (Waitz, a. a. O., S. 206, N. 2), spricht ms. Es. von dem „sagma" (ahd. soum), d. h. von den Diensten, welche der leudis i. e. S. zu leisten hat, und zu denen er sich (über den allgemeinen Treueid hinaus) eidlich verpflichten soll.

Schließlich bemerke ich noch, daß die Vorschrift des § 4, daß „in singulis mallobergis" nicht mehr, als 3 Sakebaron zugegen zu sein brauchen, meiner jezigen Auffaßung nach, in folgender Weise zu verstehen ist. Die singula malloberga sind die einzelnen Gerichtstage, wo die verschiedenen Verdächtigen sich im Officialverfahren reinigen; dem Reinigungsverfahren brauchen aber nicht sämtliche Sakebaron anzuwohnen, sondern es genügt, wenn es ihrer drei sind. Das heißt m. a. W., derjenige, welcher sich und die Seinen gereinigt hat, kann sich vor der etwanigen Privatklage im Grafengericht schüzen, wenn er drei Sakebaron stellt, die seine eidliche Reinigung amtlich bezeugen.

[1]) Jac. Grimm hat anfänglich (Deutsche Grammatik, II. 473, bes. die Note, u. RA., S. 293 f.) den Namen nicht als wirklichen Amtstitel, sondern mehr in dem Sinne genommen, wie ich ihn jezt wider nehme; das lezte Wort aber,

Digitized by Google

Das Wort Raginburge ist aus den beiden Worten ragin (rachin) und burgio zusammengesezt. Was besagt nun zunächst burgio, burgo? Müllenhoff und Kern (und mit ihnen Sohm, Fränk. R.- u. Ger.-Verf., S. 373, N. 5) suchen hier nach einem unbekannten buri, das sie in hardpuri (magistratus), heimburgo (tribunus), muntpurio (tutor) u. s. w. zu entdecken glauben, und das ferens, lator bedeuten soll, so daß sie in das ganze Wort den Sinn von Rathgeber bringen. Burgio kommt aber (nach Graff, III. 177) in keiner anderen Bedeutung wie fidejussor, vas, sponsor vor; (vgl. auch Scherrer, Z. Lex Salica, Ztschr. f. RG. XIII. 280); und dem gegenüber sehe ich mich außer Stande, burgio in rachineburgius im Sinne jener beiden Sprachforscher zu deuten, sondern nehme es ebenfalls für Bürge; und habe darin auch die Autorität von Osc. Schade (Altd. Wörterb., 1. u. 2. Aufl., s. v. raginburgjo) für mich. Die Bedeutung von ragin kennen wir nur aus der Bibelübersezung von Ulfila; er überträgt damit die griech. Worte *γνώμη, δόγμα* und (Coloss. 1.25) *οἰκονομία* = das hausväterliche Amt. Der Ausdruck Raginburge muß also einen Mann bezeichnen, der die Aufrechterhaltung der beschloßenen Ordnung, der Rechtsordnung wie ein guter Hausvater verbürgt; und mir scheint, die von Kern (a. a. O., S. 450) erwähnte Variante „rationes“ burgius, d. h. burgius rationis, bestätigt diese Erklärung durchaus. Warum soll nun aber die Ordnungs-, bez. Rechtsbürgschaft des Raginburgen lediglich in den amtlichen Functionen bestehn, welche ihm die Lex Salica zuschreibt? Schon Eichhorn, von wesentlich derselben Auffaßung des Namens Raginburge ausgehend wie ich, hat das in

---

was er (RA., S. 774 f., bes. N. 4) über die Sache gesprochen, behandelt das Wort dennoch als echten Amtstitel. Diese Ansicht liegt auch den späteren Etymologien von Müllenhoff (bei Waitz, Das alte R. d. sal. Frank., S. 291) und Kern (bei Hessels, Lex Sal, S. 539 f., § 240) zu Grunde, auf die ich hier ebenso wenig näher eingehe, wie auf Grimms Deutungsversuche. Aber auch die Rechtsgeschichte hat sich jene Ansicht zu eigen gemacht; ich verweise deshalb nur auf Sohm (Fränk. R.- u. Ger.-Vf., S. 373), auf Thonissen (a. a. O., S. 74) und vor allen auf Waitz (VG., I.[3] 359; II. 1.[3] 96; II. 2.[3] 143). An lezterer Stelle (N. 4) macht Waitz für die Auffaßung des Wortes Raginburge als Bezeichnung eines beamteten Mannes noch besonders geltend, daß dasselbe „in späteren Glossen sich findet, und dort durch lantrechtäre erklärt wird.“ Daraus ist indeß ms. Es kein Schluß auf die Bedeutung des Wortes z. Zt. der Redaction der alten Lex Salica und in deren System zu ziehn. Aus gewißen karoling. Placitis ist klar ersichtlich, daß Raginburge damals im Sinne von Schöffe gebraucht ist, und diese Bedeutung hat jene Glosse veranlaßt. Ursprünglich hat aber Raginburge den Sinn einer Standesclassenbezeichnung, wie ich im Texte nachweisen werde.

Digitized by Google

Zweifel gezogen, und deshalb — unter dem Einfluße der damals fast allgemein angenommenen Gesamtbürgschaftstheorie, den Raginburgen zum Organ eben dieser Gesamtbürgschaft machen wollen. Das ist nun freilich, wie Waitz (VG. I.³ 494, N. 4 a. E.) bemerkt, vollkommen gefehlt; dennoch aber bleibt der statsbürgerlichen Bürgschaftsleistung auf dem Gebiete der Freipflege und des Processrechts im alten Germanenstat ein so bedeutendes Wirkungsfeld übrig, daß ich die Frage, ob nicht eben diese Bürgschaftsfähigkeit zu dem auszeichnenden Namen Raginburgen geführt hat, durch Eichhorns Fehlgriff noch lange nicht für erledigt halten kann. Mir scheint im Gegentheil höchst wahrscheinlich, daß der Name aufgekommen ist, weil Leute, die selbst nicht für „idonei“ galten, d. h. nicht die nöthige Gewähr der Erfüllung ihrer Rechtspflichten boten, sich unter Bürgschaft stellen mußten[1]); und weil von diesem Standpunkte aus die idonei, welche für sich selbst und für andere jene werthvolle Bürgschaft zu leisten im Stande waren, als eine ausgezeichnete Statsbürgerclasse erscheinen mußten, für die sich auch ganz naturgemäß ein auszeichnender Name fand. Wenn wir nun aber in der aus dem Anfang des VIII. Jahrhundert stammenden Formel, Mark., App. 6[2]) und auch anderswo[3]) neben den sizenden, unter den Schuz des Antrustionen-, bez. des Amtswergeldes gestellten[4]) Raginburgen von Lex Sal., Tit. 57, noch Standesgenoßen (adstantes)[5]) als deren

---

[1]) Analoga dazu sind Edict. Chlothars II v. 18. Octob. 614, c. 12 (Boretius, S. 22) und Sachssp. I. 61 § 1. Vgl. ferner Edict. Chilperici, c. 7. Dort ist vorausgesezt, daß der Bekl. beweislos ist. Man darf also nicht daraus schließen, daß zum Urtheilserfüllungsgedinge, bez. zu dem Gelöbniß, die Sache durch Urtheil und Recht zum Austrage zu bringen, unter allen Umständen fremde Bürgschaft gehört. Eben weil der Mann beweislos, und deshalb nicht „idoneus“ ist, wird er auch gezwungen, dem Kläger sich mit seiner gesamten Habe zu commendiren. Der Kläger gelobt darauf den Austrag der Sache dem Richter zugleich für den Beklagten mit, und hat denselben im folgenden Termine zu stellen. (Vgl. Prost, L'immunité, Paris 1882, 8°, SS. 44—50.) Das mitium des c. 7 ist ganz das met, kimet in andomet u. s. w., die Phrase fidem facere aber wie ein einziges Verbum (geloben) gebraucht. Daß die Lesart mitium sachlich richtig ist, unterliegt keinem Zweifel. Boretius, der sie erst (Behrend, Lex Sal., S. 106) adoptirt hatte, hat sie nachträglich (Capitular., S. 9) im Anschluß an Holder und Hessels verworfen, weil die Handschriften deutlich „initium“ haben; initium findet sich aber häufig für mitium verschrieben.

[2]) Wegen der Chronologie verweise ich auf Zeumer, (Mon. G., Formulae, I. 33 f.)

[3]) Vgl. Waitz, VG. II. 2³; 166, N. 1.

[4]) Vgl. Waitz, VG. a. a. O., S. 166, N. 2 und oben S. 6 f.

[5]) Thonissen meint (a. a. O., S. 81): „C'est ce dernier mot“ (scil. adstantes), „qu'un clerc peu lettré, cédant à la singulière prédilection de la race franque

Digitized by Google

Beistânder finden; ferner, wenn wir sehen, daß Lex Rip., 32. 2 (Mon. Germ., Legg., V. 224 f.) sogar die drei Mahnzeugen von Lex Sal., Tit. 1, als Raginburgen bezeichnet werden, dann können wir nicht mehr daran zweifeln, daß der Begriff des Wortes sich über die Raginburgen par exc. hinaus erstreckt. Die herrschende Ansicht freilich weist diesen Schluß ganz zurück; ihr heißen die testes und die adstantes aus keinem anderen Grunde Raginburgen, als weil sie — freilich auf einem Wege, über den man sich bisher noch nicht hat einigen können[1]) — jeden Augenblick selbst „residentes" werden können. In diesem Sinne nennt z. B. Sohm (in seiner Note 44 zu Lex Rip., 32. 2) die raginburg. Mahnzeugen „schöffenbare" Leute; für denjenigen dagegen, der mit mir die residentes als ständige Beamte betrachtet, ist der Schluß durchaus zwingend. Ihm wird auch nichts selbstverständlicher erscheinen, wie die schon von v. Savigny und Jac. Grimm behauptete, neuerdings aber wider von Thonissen (a. a. O., S. 77 f.) bestrittene Thatsache, daß keineswegs alle Freien dem Raginburgenstande angehören, sondern nur die besser situirten Freien, die vermöge ihres Grundbesizes, oder etwa als Kleriker vermöge ihrer Zugehörigkeit zu einem Kloster, keinen Bürgen im Processe gebrauchen.

Ein ganz besonders starkes Argument für die Richtigkeit meiner Auffaßung des Namens Raginburge entnehme ich ferner der Thatsache, daß in gewißen französischen Districten, wo der Name Raginburge nicht heimisch geworden ist, man statt dessen die Bezeichnung bonus homo, d. h. „sicherer", gut situirter Mann, gebraucht hat. (Vgl. Waitz, a. a. O., II. 1.[3] 274, bes., N. 1.) Dies Argument ist schon von v. Savigny zu dem Nachweise benuzt, daß der Name Raginburge auf die Leute von besseren Vermögensverhältnißen eingeschränkt gewesen sei, und hat deshalb von derjenigen Seite, die darin einen bloßen Amtstitel sieht, den gelegentlich auch der Unbegüterte erwerben könne, Widerspruch erfahren. So z. B. hat Sohm (Fränk. R.- u. G.-Vf., S. 258 f.) die Behauptung aufgestellt,

pour la tautologie, a évidemment (?) employé comme équivalent de resedebant." Damit ist die Beweiskraft der Formel Marc., App. 6, auf die sich Thonissens Bemerkung allein bezieht, entschieden noch nicht für unsere Frage aus der Welt geschafft. Schon Waitz hat (a. a. O., S. 166, N. 1) die Conjectur Thonissens als unkritisch, und das adstantes u. s. w. als erheblich behandelt. Vgl. auch die von mir Schöffenger., S. 252 f., besprochene Stelle aus Ruodlib, VI. 14 ff. Dieselbe beweist auch ebenso wie die von Waitz (a. a. O.) bezeichneten Stellen, daß adstabant nicht als „standen dabei", sondern als „waren die beisizenden Helfer" zu verstehen ist.

[1]) Vgl. Waitz, VG. II. 2.[3] 166, N. 4.

Digitized by Google

„daß die boni homines nach directen Quellenzeugnißen mit den freien Leuten schlechthin, ohne Rücksicht auf Grundeigenthum, identisch sind.“ So scharf hier aber auch die „directen Quellenzeugniße“ betont sind, so gewiß ist es doch, was Waitz (a. a. O., S. 275 f., N. 2) Sohm erwidert hat: „Ein directes Zeugniß dafür läßt sich allerdings nicht beibringen; aber ebenso wenig dagegen.“ Ms. Es. spricht aber doch auch schon der Name boni homines entscheidend dafür; denn daß darunter Leute in sicherer, und damit auch andere sichernder, vor Rechtswidrigkeiten bewahrender Vermögenslage gemeint sind, läßt sich aus den ältesten merowing. Gesezen nachweisen. Auch Thonissen hat noch neuerdings (a. a. O., S. 71, N. 1) das Argument bekämpft; indeß ein wirklich logisches Gegenargument hat er ihm nicht entgegengestellt, sondern nur gemeint, man dürfe aus der Titulatur boni homines nicht den Schluß ziehn, daß der Titel Raginburge nicht bloß der amtlichen Thätigkeit entlehnt sei. Thonissen kann somit hier ganz außer Betracht bleiben.

Endlich will ich auch noch hervorheben, daß Waitz (VG., IV. 278 ff.) den quellenmäßigen Nachweis geführt hat, daß man in karoling. Zeit bereits beginnt, den vollen freien Grundbesizer als „edel“ (nobilis) zu bezeichnen.[1]) Wie soll man das alles erklären, außer auf die Weise, daß jene nobiles eben die Classe der Raginburgen in meinem Sinne bilden? Es hat damals bereits jene Rechtsbildung begonnen, welche allmälig die Schöffenbaren, d. h. diejenigen Leute, die vor die königlichen Reichsgerichte, die Reichsschöffen, gehören, ganz absonderte von den Landsaßen mit ihrem Gogreve-Ding und von den Pfleghaften mit ihrem Schuldheißen-Ding. Die fränk. Raginburgen sind das Prototyp der späteren sächs. Schöffenbaren, die v. Richthofen (Z. Lex Sax., S. 377) ms. Es. sehr zu Unrecht als directe Nachkommen der alten sächs. Edelinge hinstellt.

Ich schließe diese Untersuchung mit einer kurzen das Schöffenthum betreffenden, streng genommen also außerhalb meiner Aufgabe liegenden Bemerkung. Ich möchte nämlich darauf aufmerksam machen, wie leicht begreiflich von dem Standpunkte aus, auf den ich den Leser gestellt habe, die Thatsache wird, daß Karl d. Gr. die Einbürgerung eines besonderen Titels für die rachineburgii legem dicentes begünstigen konnte; und daß dennoch zunächst das Volk anfänglich die neue Titulatur ignorirte. Es handelte sich eben nur

---

[1]) Zur Vervollständigung des Beweises weise ich noch auf Ludwigs d. D. Constitution v. 856, c. 5 (Mon. Germ., Legg. I. 438) hin: „De judicibus inquiratur, si nobiles et sapientes et Deum timentes constituti sunt .... Quodsi viles personae et minus idoneae ad hoc constitutae sunt, rejiciantur.“

Digitized by Google

um einen neuen Namen für eine Sache, die längst vorhanden war, und auch unverändert weiter bestehn blieb.

Wenden wir uns nun den Sachsen und dann den Angelsachsen zu.

A. Der altsächsische Minoflide.

Die uralte Existenz des freien Minoflidenstandes bei den Sachsen folgere ich zunächst aus dem so vielfach besprochenen cap. 64 der Lex Saxon. (Mon. Germ., Legg., V. 81 f.) In neuster Zeit[1]) ist allerdings von v. Sybel (a. a. O., S. 129) die Behauptung aufgestellt, cap. 64 enthalte kein echtes Sachsenrecht, sondern sei auf eine Anordnung Karls d. Gr. zurückzuführen; und selbst Waitz hat sich (VG. III.[2] 124, N. 1) nicht entschließen können, dieser Ansicht mit Bestimmtheit zu widersprechen; ich kann indeß nicht umhin, es zu thun; und fühle mich dazu um so mehr berechtigt, weil ein Par spätere Äußerungen von Waitz über denselben Punkt (S. 132 u. 150 f.) erkennen laßen, daß eigentlich auch er auf meiner Seite steht. Das ist auch ganz erklärlich. v. Sybel ist im Grunde zu seiner entschiedneren Ansicht nur durch die straffe Consequenz seiner Systematik geführt; auf Waitz dagegen hat hemmend eingewirkt, daß die „tutela nobilis" über einen „ingenuus", von der cap. 64 spricht, seit Jahrzehnten die seltsamsten Ansichten über ihre eigentliche Wesenheit wach gerufen hat. An die Pfleghaften des Sachsenspiegels, die zum guten Theil aus freien Minofliden (Frilingen) hervorgegangen sind, scheint man dabei kaum gedacht zu haben[2]); und Waitz selbst, bestimmt theils durch den von ihm (S. 124, N. 1) angezogenen Aufsaz Stobbes, theils durch seine bekannte Theorie vom mundium, hat daraus ein specifisch sächs. „Schuzverhältniß" gemacht; freilich ohne irgend welche Andeutung zu geben, was den specifisch sächs. Charakter dieses Schuzverhältnißes ausmacht. Auf der anderen Seite zeigt sich Waitz aber auch wider stark beeinflußt durch die später zu beleuchtende Deduction, womit v. Sybel seine Ansicht betreffs der Tutel des cap. 64 rechtfertigt; und das

[1]) Vorbereitet ist die Ansicht durch Dümmler (Gesch. d. ostfränk. Reichs, I. 158—161), der auch auf Waitz eingewirkt hat.

[2]) Sie übersieht auch Fipper (D. Beispruchsrecht n. altsächs. R., Breslau 1879, 8°, SS. 41—44), wenn er die frilingi sub tut. nob. seit dem IX. Jahrh. „zu Liten, Ministerialen und Knechten" herabgedrückt werden läßt. S. 42 f. wird dabei auch auf Thegani V. Ludovici, c. 13, Bezug genommen; daraus kann indeß, wenigstens speciel für Sachsen, nichts bewiesen werden; auch kommen derartige Beschwerden schon viel früher vor.

Digitized by Google

hat ihn (S. 150) veranlaßt, die Lage der Frilinge, welche in den Jahren 841 u. 842 am sogen. Stellingeraufstande Theil genommen haben, also die Lage von Leuten, die z. Zt. eben jenes Aufstandes sich ganz gewiß sub tutela nobilis im Sinne des c. 64 befunden haben[1]), als das Werk Karls d. Gr. gelten zu laßen.[2])

Das ist eine Frage, der wir scharf ins Auge zu sehn haben; sie wird uns auch sofort in medias res führen.

Nithard berichtet in einer Stelle, Hist., IV. 2 (Mon. Germ., Scriptt., II. 668 f.), Kaiser Lothar habe die sächs. Stellinger, Frilinge und Lazzen, aufgewiegelt, gegen seine beiden Brüder und deren adligen Anhang in Sachsen die Waffen zu ergreifen, indem er ihnen vorgespiegelt, er werde ihnen dann ihre alte ungebundene Freiheit widergeben. Die Frilinge in diesem Bericht hat Waitz offenbar für ehemals unbelastete, vollfreie Hufner genommen; es wäre sonst rein unmöglich, daß ihn (S. 151) Nithards Bericht, der die Frilinge als Genoßen der Lazzen, und ebenso wie diese als dienstuntergeben darstellt, an die Außerung, alle Sachsen seien unfrei, die Heinrich IV. nach Lambert von Aschaffenburg i. J. 1073 gethan haben soll (Mon. Germ., Scriptt., V. 195, Z. 17 f.), erinnert hätte. Von diesem Standpunkt aus versteht er aber die Stelle wie eine Andeutung, als ob die Lage der Stellinger durch Einführung des Christenthums ungünstiger geworden sei, und muthmaßt, daß nur die Auflage des Zehnten, und die nach deutscher Vorstellung darin liegende Einschränkung des Eigenthums als Ziel der von Lothar geschürten Revolte gemeint sei.[3]) Ich bin außer Stande, Nithards Frilinge in irgend welche Beziehung zu jener Äußerung Heinrichs IV. zu sezen, der es übrigens auch unter allen Umständen an jeder rechtsgeschichtlichen Wahrheit gebrechen würde[4]); und auch sonst weiche

[1]) Daher eben der Name Stellinger, wie ich oben (S. 102 f.) gezeigt habe; und daher ferner der von Fipper (a. a. O., S. 43, N. 50) ms. Es. misdeutete Umstand, daß manche Chronisten die Aufständischen unterschiedslos „servi“ nennen. Funck (Ludwig d. Fr. — 1832 — S. 206), Dümmler (a. a. O., S. 160), Fipper (a. a. O.) u. a. sehen dagegen in den stellingischen Frilingen die Gemeinfreien schlechthin; ms. Es. kann jedoch kein Zweifel darüber aufkommen, daß friling dort in Nithards Bericht genau dasselbe bedeutet, wie liber in der alemann. Lex Chlotharii.

[2]) Ebenso Dümmler (a. a. O.), dem sich im wesentlichen auch Fipper angeschloßen hat.

[3]) Dümmler, dessen Einfluß ich hier wohl richtig vermuthe, trägt (S. 160) die Farben bei Schilderung dieses Motivs ziemlich stark auf.

[4]) Fipper irrt ms. Es (S. 44, N. 56), wenn er behauptet, die Äußerung sei „leider größtentheils wahr“ gewesen. Übrigens giebt er ihr, abweichend von Waitz, eine unrichtige Beziehung.

Digitized by Google

ich in der Auffaßung der Nachricht durchaus von Waitz ab. Ich verstehe sie so, als ob der gewißenlose Lothar die Widerbeseitigung der königlichen Oberherrschaft versprochen habe, so daß die Leute wider so wie zur Zeit des Heidenthums, d. h. wie z. Zt. vor dem Einschreiten Karls d. Gr., leben könnten[1]); und daß die Stellinger dadurch bewogen seien, ihre domini, die Lothars Brüdern anhingen, die auch sicherlich zu gutem Theile Franken oder andere Ausländer waren, zu verjagen, und eine Stellinger-Republik nach alter sächs. Heidenart zu gründen. Die stellingischen Frilinge wollen also, so wie ich Nithard verstehe, keineswegs einen ehemaligen freieren Zustand betreffs ihres Grundbesizes wider herstellen, sondern ihre Absicht ist, erst freies Eigen zu erwerben. Zu diesem Behufe verjagen sie ihre Grundherren; und das grade will Lothar, weil diese Grundherren Anhänger seiner Brüder sind. Daß Karl d. Gr. aber diese Grundherrschaften erst hergestellt habe, dafür läßt sich ms. Es. aus Nithard nicht das geringste Argument entnehmen; und wenn ich gesagt habe, die Grundherren möchten wohl zum guten Theil Franken und andere Ausländer gewesen sein, so habe ich damit keineswegs das Gegentheil andeuten wollen. Ich stüze mich dabei einfach auf die durch c. 64 selbst und auch sonst (vgl. Waitz, VG., III.[2] 152 f., bes. N. 3) beglaubigte Thatsache, daß Karl d. Gr. verschiedentlich an Stelle der adligen sächs. Grundherrn andere gesezt hat, die seine Vertrauensmänner waren. Wer also in c. 64 altes und specifisches sächs. Recht sieht, wie Waitz, der wird nicht umhin können, die stelling. Frilinge als bestes geschichtliches Beispiel der tutela des c. 64 zu betrachten.

Eben Nithards Bericht soll ja nun aber nach v. Sybel den Beweis liefern, daß die sächs. Freipflege überhaupt erst von Karl d. Gr. eingeführt ist. Er sagt (a. a. O., S. 129): „Das Herrenrecht und die Tutel über Freie, die in der Lex. Sax. vorkommt, ist sicher als eine Folge der karoling. Eroberung zu bezeichnen. Hierüber läßt, so weit ich sehe, Nithard gar keinen Zweifel, indem er erzählt, daß Kaiser Lothar die sächsischen Frilinge gegen ihre adligen Herren aufgerufen; sie sollten, wenn sie ihm anhingen, wider unter den Gesezen der alten Heidenzeit leben; darauf hätten sie die Herren fast sämtlich verjagt, und wider so gelebt, wie es einst in ihrer heidnischen Zeit Rechtens gewesen. Nichts ist danach klarer, als daß es in der heidnischen Zeit solche domini in Sachsen nicht gegeben hat.“ Fast dieselbe Deduction findet

[1]) Diese Auffaßung wird anscheinend auch von Funck (S. 206) getheilt.

Digitized by Google

sich schon bei K. v. Maurer (Adel, S. 119 f.); und es ist handgreiflich, daß Waitz hätte zu demselben Schluße kommen müßen, wenn er nicht eben die grundherrliche Tutel als altes Sachsenrecht betrachtete. Wenngleich aber logisch folgerichtiger, ist v. Sybels Ergebniß sachlich doch in keiner Weise berechtigter, wie das von Waitz.

Um Nithard vollkommen zu verstehn, darf man sich nicht bloß an die Stelle, IV, 2, halten, sondern muß noch eine zweite in IV. 6 (Mon. Germ., a. a. O., S. 671) hinzunehmen, wo er vom Ende des Aufstandes erzählt, und mit den Worten schließt: „sine auctoritate interiit, quod sine auctoritate surgere praesumpsit." Es laßen sich zahlreiche Beispiele anführen, wo sächs. und außersächs. Annalisten u. s. w. bezeugen, daß die Sachsen vor Karl d. Gr. eine statliche Centralgewalt so wenig im Kriege wie im Frieden gekannt haben, und eben daraus ihr Unterliegen erklären. Diesen anarchischen Zustand „sine auctoritate", der selbstverständlich auch den Leuten gestattet, wider zum Heidenthume zurückzukehren, verspricht Lothar gewißermaßen zu reactiviren; und die stellingische Plebs greift natürlich mit beiden Händen zu. v. Sybel — und nach ihm auch Waitz — legen dagegen ihren Schlüßen die Annahme unter, Lothar habe den friling. Stellingern versprochen, speciel ihren Rechtszustand, wie er vor der Unterwerfung unter Karl d. Gr. gewesen, wider herzustellen. Das mußte natürlich jeden von ihnen von seinem Ausgangspunkte zu dem Ende führen, zu dem er gelangt ist. Daß ich Nithard aber richtig verstanden habe, geht auch daraus deutlich hervor, daß der Kernpunkt seiner Darstellung die schwere Verschuldung Lothars ist, Karls d. Gr. Riesenwerk, wenn auch nur zeitweilig, umgestoßen zu haben, indem er durch Gewährung des Aufbaus des Stellingerstates die heidnisch anarchischen, unhaltbaren Zustände wider hat zu Leben kommen laßen. Das, was Nithard von der Unordnung und Willkür der Stellingerrepublik sagt, soll nur kurz andeuten, daß dort die alten sächsischen Statszustände im Ganzen widergekehrt seien[1]); ob aber die Stellinger im besonderen früher so gelebt, wie nach Vertreibung der adligen Grundherrn, darum kümmert er sich nicht. Auf den gesellschaftlichen und rechtlichen Zustand derselben während der Heidenzeit

---

[1]) Diese Auffaßung bestätigt auch Prudentius ad a. 841 (M. G., a. a. O., S. 437): „Lotharius . . . . Saxones . . . sibi conciliare studet, in tantum, ut Saxonibus, qui Stellinga appellantur, quorum multiplicior numerus in eorum gente habetur, optionem cujuscunque legis, vel antiquorum Saxonum consuetudinis, utram earum mallent, concesserit."

Digitized by Google

ihren Grundherrn gegenüber gestattet also Nithards Bericht eigentlich gar keinen Schluß; wir haben jedoch nicht den geringsten Anhalt für die Vermuthung, daß in diesem Zustande, so weit er hier in Betracht kommt, durch die Unterwerfung unter Karl d. Gr. eine Änderung eingetreten wäre.[1]) Wer also dennoch solche Veränderung annimmt, legt entweder Nithards Bericht falsch aus, oder thut es ganz willkürlich. Da ich mich dem jedoch nicht anschließen kann, so ziehe ich aus cap. 64 die an die Spitze gestellte Folgerung.

Ist aber c. 64 altes echtes Sachsenrecht, so sind es auch Lex Sax., cap. 25 u. 26 (Mon. Germ., a. a. O., S. 62 f.), sowie cap. 12 und 13 des Capit. De partib. Sax. (Boretius, S. 69), von denen h. z. T. wohl allgemein anerkannt werden dürfte, daß die in ihnen erwähnten „domini“ die tutores nobiles des c. 64 sind (vgl. z. B. Waitz, a. a. O., S. 132, N. 3); und die daher ebenfalls den Beweis liefern, daß den Sachsen von Alters her die Freipflege, insbesondere die minoflidische, bekannt gewesen ist.[2]) Denn daß die Strafandrohungen jener Geseze sich gegen dieselbe Personenclasse richtet, die Nithard Frilinge nennt, ist zweifellos; streitig (zwischen v. Richthofen, a. a. O., und Kentzler, Forschungen z. deutsch. Gesch. XII. 401—403) ist nur noch, ob sie auch ihren Genoßen, den Lazzen gelten. Kentzler bejaht es, und trifft darin, glaube ich, mit K. v. Maurer (Adel, S. 120), sowie mit Wilda (a. a. O.) zusammen; da ich — mit v. Richthofen — nicht einsehn kann, weshalb der Grundherr in den von jenen Gesezen behandelten Felloniefällen gegen seine Liten noch die darin enthaltenen Strafbestimmungen nöthig gehabt haben sollte, so verneine ich mit ihm die Frage. Dieselbe ist übrigens für die vorliegende Untersuchung ohne Belang.

Unterwerfen wir nun cap. 64, von dem die ganze Untersuchung ausgegangen ist, der Detailbetrachtung, um namentlich darüber Klarheit zu gewinnen, was darin unter der „hereditas“ gemeint ist.

---

[1]) Dümmler — und nach ihm auch Fipper — u. a. behaupten allerdings die bedeutende Herabdrückung des Freien- und Liteustandes zu Gunsten des Adels; Beweise aber bringen sie dafür durchaus nicht bei; namentlich ist ihre Behauptung, nur die niederen Stände seien mit Confiscationen vexirt, die Adelsgüter dagegen in bloße fiscalische Verwaltung genommen (bes. Fipper, S. 39) ganz unhaltbar.

[2]) Die älteren Auffaßungen der domini jener Geseze haben für uns kein Interesse. Vgl. darüber v. Richthofen (Z. Lex Sax., SS. 273—281, u. Mon. Germ., Legg. V. 62, N. 71). Dort scheint mir übrigens Wilda (Strafr. S. 815) Unrecht gethan zu sein; derselbe steht sachlich schon auf Kentzlers Standpunkt.

Digitized by Google

Beseler hat (Erbverträge, I. 61) angenommen, es sei in c. 64 zu construiren: Liber homo, qui jam in exilium missus est; und dem hat v. Richthofen (Z. Lex Sax., SS. 108—111, u. Mon. Germ. a. a. O., S. 82, N. 68) zugestimmt; die weitaus vorherrschende, von Gaupp (Recht u. Verf. d. alt. Sachsen, S. 215), Stobbe (Gesch. d. deutsch. Rechtsquellen, I. 192), Usinger (a. a. O., S. 14), Boretius (v. Sybels Histor. Zeitschr., XXII. 158 in der Note), Fipper (an der oben bezeichneten Stelle), Waitz (a. a. O., S. 152, N. 2), u. a. vertretene Ansicht bezieht das „qui jam in exil. missus est" (der in Folge seiner Verbannung nicht mehr daheim ist) dagegen auf den nobilis tutor ingenui; und das scheint auch mir die syntaktisch einzig mögliche Construction. Das cap. 64 scheint mir nur zu dem Zwecke in die Lex Saxonum aufgenommen zu sein, um denjenigen Grundherren, welche Karl d. Gr. aus eigener Machtvollkommenheit in die confiscirten Adelsgüter eingesezt hatte, auch die Herrenrechte über die vom Grundherrn besezten „Stellen", und damit das Näherrecht auf die „hereditas" des friling. Stelling zu übertragen.[1]) Was haben wir nun unter dieser hereditas zu verstehn?

v. Richthofen denkt dabei (Mon. Germ., a. a. O., S. 71, N. 8 u. S. 81, N. 70) an Erbe im Sinne von Grundstück; denn nach ihm soll die hereditas des c. 64 mit der terra des c. 63 identisch sein. Ich möchte indeß die Richtigkeit dieser Identification bezweifeln; und zwar selbst wenn ich davon absehe, daß die hereditas des cap. 64 als Immobilie eine Wurth, ein Bold bedeuten müßte, während die terra des c. 63 augenscheinlich Ackerland ist. Ich bin vielmehr der Ansicht, daß die Erklärung des Wortes hereditas in c. 64 keineswegs dem c. 63, sondern dem c. 62, zu entnehmen ist, dem sie auch Fipper (a. a. O., S. 46) entnimmt. Die hereditas des c. 62 aber, das darf auf Grund von Fippers gediegenem Nachweise (a. a. O., S. 46; SS. 49—52; S. 54 f.) unbedingt behauptet werden, bedeutet keineswegs bloß das Grundeigenthum, sondern auch jedes Realrecht an Grundstücken, also z. B. auch das Anrecht auf Lehn- und Dienstland.

Die Wichtigkeit dieser Feststellung springt in die Augen. Sie nimmt uns einen Zwang ab, den uns v. Richthofens Erklärung auferlegt, nämlich die Nothwendigkeit, unbedingt an ein Erbrecht

---

[1]) Fipper will (a. a. O„ S. 32 und öfter) den „a rege super ipsas res constitutus" nur als königlichen „Güterpfleger" angesehn wißen; das ist aber willkürlich. Wäre F. nicht von der Idee beherrscht, Karl d. Gr. habe den sächs. Adel poussirt, und dafür die anderen Stände geknechtet, so würde ihm die Sache vermuthlich ebenso erscheinen, wie mir. Übrigens ist wohl möglich, daß die Worte auch auf derartige Güterpfleger gehn.

Digitized by Google

des Stellings auf seine Stelle zu glauben. Sein Anrecht auf diese kann sehr wohl zeitlich begrenzt, und eben deshalb seine hereditas so geringwerthig sein, daß sie weder der proximus, noch die Gutsherrschaft, noch auch ein Dritter übernehmen mag, gegen die Verpflichtung, den Stelling als Auszügler zu verpflegen, welche ms. Es. angesichts des c. 62 und der Worte „necessitate coactus" als Gegenleistung des Übernehmers zu denken ist. Nithards und des c. 64 Frilinge umfaßen eben noch die beiden Classen der „lantseten" und „plechhaften", die später, wie Sachsp., I. 2 § 3 u. § 4 beweisen, von einander getrennt wurden, nachdem sich bei einem Theile der Frilinge ein wirkliches Erbrecht an der Stelle ausgebildet hatte. Daß dieser Entwicklungsprozess z. Zt. der Redaction der Lex Saxonum aber bereits begonnen, zeigt c. 64.

B. Der angelsächsische Minoflide.

Die bekannten Rectitudines singularum personarum (Schmid, Anh. III), eine noch aus angelsächsischer Zeit stammende Privatarbeit (Schmid, Einltg., S. LXIII), stellen uns drei Bezeichnungen zur Verfügung, unter denen wir diejenige des Minofliden ausfindig zu machen haben: gebûr, kôtsetla und geneât. Von lezterem wollen wir vorläufig noch ganz absehn. Gebûr und kôtsetla aber sollen sich nach Leo (Rectitud., SS. 115—118) im wesentlichen dadurch unterscheiden, daß ersterer mit auf dem in-land, der terra indomicata, angesiedelt sei, während lezterer auf dem ûtland, der terra servilis oder de servitio, seine eigene Stelle (kôte) angewiesen erhalte. Frei sind dagegen nach Leo beide. Betreffs des Kôtsetla kann über lezteren Punkt, angesichts von Rectitud., c. 3, das ihn ausdrücklich für einen Friling erklärt, kein Zweifel aufkommen; wohl aber betreffs des Gebûr. Die Behauptung aber, dieser wohne mit auf dem „in-land" stüzt Leo offenbar nur auf die Deutung des Namens gebûr; die Quellen gewähren nicht nur keinen Anhalt dafür, sondern die Rectitudines, cap. 4 § 3, (Schmid, S. 374) beweisen im Gegentheil, daß der Gebûr seine eigene bäuerliche Stelle gehabt hat, die wir nur im minoflidischen Boldgetal suchen können. Eben daher vermuthlich seine Bezeichnung als Gebûr, die dem Umstande entlehnt sein dürfte, daß er Mitanbauer, vicinus, der Frilinge des Boldgetals ist. Die Frage, ob der Gebûr zu den Frilingen gehöre, hat Kemble leider ebenso wenig untersucht, wie die Punkte, worin sich gebûr und kôtsetla unterscheiden (vgl. Sachsen, übers. v. B., I. 264 ff.); Schmid, der sonst Leos Ansicht über kôtsetla und gebûr im wesentlichen adoptirt, schweigt

Digitized by Google

ebenfalls darüber; und es wird unter den obwaltenden Verhältnißen richtig sein, anzunehmen, er habe Leo hier weder zustimmen, noch widersprechen wollen. Mir scheint jedoch bestimmter Widerspruch durch die Quellen geboten. Rectitud., c. 4 § 3 schließen mit dem Saze: „þonne him forð-sið gebyrige (sobald sich ihm die Abreise, scil. aus dem Leben, ereignet), gŷme his hlâford päs he lâfe.“ Leo übersezt das (Rectitud., S. 231): „Wenn er stirbt, nehme der Herr das Hinterlaßene in seine Sorge;“ ebenso, nur mit anderen Worten Schmid, während Kemble (a. a. O., S. 267) völlig farblos sagt: „Wenn er stirbt, soll der Herr darauf sehen, was er hinterläßt.“ Keine dieser beiden Übersezungen drückt den Gedanken so klar aus, wie die alte latein. Übersezung: „Si mortem obeat, rehabeat dominus sua omnia.“ Das verb. gŷman steht hier im Sinne von gubernare. Gemeint ist, der Dienstherr solle sich als gubernator, d. h. als Herr und Eigenthümer des Nachlaßes geriren, denselben als seine Gebühr an sich nehmen. Daß dies Herrenrecht aus dem Patronatsrecht über den Liten entspringt, bedarf keines weiteren Beweises. Ebenso ist klar, daß die Worte „þäs he lâfe“ unmöglich von einem Immobiliarnachlaße verstanden werden können. Der Verfaßer der Rectitudines ist also davon ausgegangen, daß die Grundstücke, welche der Gebûr bewirthschaftet, das Haus, was er bewohnt hat, nicht sein Erbe sind, sondern dem Grundherrn gehören, der dann regelmäßig den Sohn des Gebûr darin und darauf wird haben weiter wirthschaften laßen. Es verdient aber noch ausdrücklich hervorgehoben zu werden, daß die Rectitudines den Grundsaz am Ende von cap. 4 § 3 ausschließlich für den Nachlaß des Gebûr, und nicht auch für den des kôtsetla und geneât aufstellen.

Somit haben wir nur noch zwischen den beiden lezteren zu wählen. Der bloße Instinkt aber wird uns schon an den kôtsetla weisen, der nach den Rectitudines auch wirklich unser Mann ist.

Leo (Rectitud., S. 119 f.) und Schmid (Glossar, S. 596, s. v. geneât) haben bereits bemerkt, was übrigens auch in die Augen springt, daß der geneât in den Rectitudines eine höhere Stellung einnimmt, wie der kôtsetla. Die fränk. Immunitätsbriefe der merowing. und karoling. Zeit unterscheiden nun bekanntlich zwei Classen von Dienstleuten, welche dem grundherrlichen Gerichtsbanne unterstellt sind, die amici vel (oder et) gasindi auf der einen, die servientes, zu denen auch die minoflid. Frilinge gehören, auf der anderen Seite;[1]) und diese beiden Dienerclassen

[1]) Vgl. Waitz, VG. II. 1.[2] 256—258. Waitz stimmt mir offenbar auch darin bei, daß mit amici und gasindi dieselben Leute bezeichnet sind.

Digitized by Google

sind es, die uns im Geneât (amicus v. gasind.) und Kôtsetla (serviens) entgegentreten. Der Kôtsetla ist nach Rectitud., c. 3 (Schmid, S. 372) als landwirthschaftlicher Diener bloßer Ackerknecht, der im Frühjahr (ôfer geâres fyrst [1]) alle Montage zu pflügen (wyrkan) [2]) oder bei der Ernte (on härfest) wöchentlich 3 Tage Spanndienste zu leisten hat. Der Geneât dagegen betreibt für den Herrn und sich zugleich die Landwirthschaft im Großen. Leo hat (a. a. O., S. 225) die entscheidende interessante Stelle des c. 2 ms. Es. vollkommen misverstanden, und dadurch zugleich auch wider Kemble (S. 264 f.) und Schmid (S. 373) zu Irrthümern verleitet. Der Verfaßer der Rectitudines umschreibt die landwirthschaftlichen Obliegenheiten des Geneât, indem er sagt, er müße „wyrkan and hlâford feormian; and rîpan and mâwan." Das hlâford feormian läßt sich hier unmöglich mit Leo und seinen beiden Nachfolgern verstehn als „dem Grundherrn auf Reisen Obdach und Kost gewähren"; die Worte sagen vielmehr: für des Grundherrn Unterhalt sorgen. So verstanden giebt auch die herausgehobene Passage den wohl zusammenhängenden Sinn, der Geneât habe die Ackerbestellung zu bewirken, um für des Herrn Unterhalt zu sorgen; und wegen der lezteren Hauptverpflichtung lägen ihm auch die Erntearbeiten, das Mähen und Garbenbinden, sowie (selbstverständlich) auch das Einfahren ob. Man gelangt danach zu der Vorstellung, daß der eigentliche Hlâford sich kein Land zur Selbstbewirthschaftung reservirt, sondern alles an seine Geneâtas abgetreten hat, deren Hilfsarbeiter die Kôtsetlan und vor allen die frondienstlich schwer überbürdeten Gebûras sind.

Schon hier tritt deutlich der Charakter des Geneât als amicus vel gasindus hervor; noch viel klarer aber in dem, was die Rectitudines über seine militärischen Functionen angeben.

Höchst bezeichnend erwähnen sie kein Wort von solchen

---

[1]) Leo hat (Rectitud., S. 227) fyrst für das Substant. fyrst (mascul.) = spatium genommen, und Kemble (a. a. O., I. 265), sowie Schmid (S. 273) sind ihm gefolgt. Ich nehme dagegen fyrst für primum, geâres f. für primordium anni, und seze das dem nachfolgenden härfest entgegen. Noch zu Shakespeares Zeit begann das englische Jahr mit dem 1. April, geâres f. kann also recht wohl in diesem Zusammenhange die Frühjahrbestellung bedeuten. Für mich spricht auch, daß der Kôtsetla sonst (oððe), wenn er zur angegebenen Zeit nicht alle Montag zu pflügen braucht, während der Ernte wöchentlich 3 Tage arbeiten muß. Beides steht mehr im Verhältniß, wie nach der herkömmlichen, übrigens mit V. V. übereinstimmenden Übersezung.

[2]) Die Richtigkeit dieser Übersezung lehrt cap. 4 a. E., wonach Fronfuhren den Gebûr vom wyrkan befreien. Man hat also bei dem wyrkan keineswegs mit Leo, Kemble und Schmid an allerhand Frondienste zu denken.

Digitized by Google

Obliegenheiten beim unfreien Gebûr; und vom Kôtsetla wird in dieser Hinsicht, c. 3, nur gesagt: „werige his hlâfordes inland, gif him man beóde“, d. h. im Falle des Aufgebots, scil. durch den Grundherrn, hat er sich an der Vertheidigung der Burg, wo der Grundherr wohnt, zu betheiligen. Als oberste Pflicht des Geneât bezeichnet dagegen c. 2: „rîdan, and awerian, and lâde lâdan“, d. h. Ritterdienste zu thun, und den Herrn, sowie andere Personen in seinem Auftrage ritterlich zu geleiten.[1]) Damit stimmen denn auch die übrigen Obliegenheiten des Geneât, deren c. 2 gedenkt, vollkommen überein, namentlich der Vorpostendienst auf der Warte (heâfod-wearde), sowie die Pflicht der Obhut über die herrschaftlichen Pferde. Es steckt also ein satelles, hûskarl in unserem Geneât; und das entspricht auch dem Wortbegriffe seines Namens comes, fellow, fränkisch-langobard. gasind, durchaus.

Ich behaupte nun, daß dieser militärische Begriff von Geneât, ja überhaupt der Begriff, welchen die Rectitudines mit diesem Worte verbinden, der wirkliche, durch die Geseze bestätigte Legalbegriff ist. Das beweist zunächst Edg., II. 1 (Schmid, S. 186), obwohl auf den ersten Blick das grade Gegentheil wahrscheinlich scheint. Edg., II. 1 schreibt vor, der Kirchenzehnt solle gegeben werden „ge of þegenes inland, ge of geneâtlande“; nun sind aber nach Rectitud., c. 1—3, nicht bloß þegn und Geneât, sondern auch der Kôtsetla kirchenzehntpflichtig, und nur der Gebûr ist (nach c. 4) charakteristischer Weise vom Kirchenzehnt frei; begreift also nicht das geneât-land Edgars das Land der Kôtsetlan mit in sich? Ganz gewiß; ebenso gewiß aber ist, daß daraus keineswegs die Folgerung zu ziehn ist, als ob Edgars Gesez Geneât in einem weiteren, den Kôtsetla mit umfaßenden Sinne gebraucht. Wir haben uns soeben überzeugt, daß der Hlâford, hier der þegn, kein Ackerland zur Selbstbewirthschaftung behält; und das bestätigt unser Gesez mittelbar, indem es nur von þegenes „inland“ im Gegensaz zum geneâtland spricht. Der von þegenes inland zu entrichtende Kirchenzehnt kann lediglich von der Ernte entrichtet werden, welche die Geneâts auf des þegenes inland eingeheimst haben. Wenn aber alles Ackerland den Geneâts überwiesen wurde, so mußten ihnen nothwendig auch die einzelnen Kôtsetlan zugewiesen werden; und Edgars Gesez konnte sich somit mit der einfachen Antithese þegenes inland und geneâtland begnügen, um

[1]) Die Phrase „lâde lâdan“ kann unmöglich hier besagen „Fronfuhren leisten“, wie Leo, Kemble und Schmid wollen. Unser Geneât hat als lâdrink im Sinne von Äðlb., c. 7 (Schmid, S, 2) zu dienen.

Digitized by Google

die Zehntpflicht des þegn, des Geneât und des Kôtsetla einzuschärfen. Unmöglich aber kann die Zwischenstellung des Geneât zwischen þegn und Kôtsetla drastischer ausgedrückt werden, wie durch diese einfache Antithese. Sie behandelt den Geneât wie den nächsten Hlâford des Kôtsetla; über beiden steht dann der þegn als beider Landrîka. Auf solchen Sachverhalt, bez. Zusammenhang weist auch das schon früher besprochene Gesez Alfr. 37 hin. Das Wort kôte dürfte das Wohnhaus des bold bezeichnen; und ich halte es für durchaus wahrscheinlich, daß Alfreds Gesez den Geneât unter dem Hlâford verstanden hat, welchen der Mann verläßt, um einen neuen zu suchen. Der Ealdorman, ohne dessen Zustimmung der Mann nicht fahren darf, ist dort höchst wahrscheinlich eben unser þegn. Nach Rectitud. c. 1 (Schmid, S. 370) ist der gemeinsame Hlâford des Geneât und Kôtsetla ebenfalls der (mit dem burh-geat-setl ausgestattete) þegn.

Es muß übrigens noch ausdrücklich — unter Hinweis auf S. 139 unten — bemerkt werden, daß der Ausdruck geneât-land in Edg., II. 1, für Folkland steht. Es ergiebt sich daraus, daß Edgars Geneât auch insofern demjenigen von Rectitud. c. 2 gleicht, als er ebenfalls satelles ist. Ich baue um so mehr auf die Festigkeit der vorstehenden Deduction, weil Edg., IV. 1 (Schmid, S. 194) von der „land-gafol“ des geneât-man spricht, die auch Rectitud., c. 2, beim Geneât erwähnt, und weil hingegen der Kôtsetla nach Rectitud., c. 3, von dieser Abgabe frei ist.

Sonst wird der Geneât in den ags. Gesezen nur noch zwei Mal erwähnt, Ine, c. 22 (Schmid, S. 30), wo offenbar ebenfalls der Geleitsmann des þegn gemeint ist, und Ine, c. 19 (Schmid, S. 28), wo der homo in truste dominica, der Twelfhŷnde und Sixhŷnde gemeint sind. Den königliehen Trûstmann haben wir offenbar auch unter dem kyninges geneât Älferð zu verstehn, den die Sachsenchronik z. J. 897 erwähnt.

Die vorstehenden Ausführungen haben implicite zugleich gewiße Hypothesen widerlegt, die K. v. Maurer (Krit. Überschau, II. 405 f.), und in etwas veränderter Form, Waitz (G. G. A. 1858, III. 1706) betreffs der Wesenheit des Geneât aufgestellt haben. Nach der ersteren soll geneât die spätere Bezeichnung für gesîð sein. Die Hypothese ist nicht weniger unvereinbar mit Rectitud., c. 2, wie mit der ungefähr gleichzeitigen Rechtsaufzeichnung Anh. VII. 2 § 11, wo sich der Name gesîðcund man noch findet. Waitz hat dagegen in geneât einen allgemeineren, den königlichen þegn und Gesîð umfaßenden Ausdruck finden wollen. Unfraglich wäre es sprachlich wohl möglich gewesen, daß das Wort diese allgemeinere

Digitized by Google

Bedeutung angenommen hätte; aber es hat es nicht gethan, mindestens in der uns allein interessirenden Rechtssprache nicht; diese hat ihm vielmehr den dargelegten concreten Begriff beigelegt. Auch die waitzsche Hypothese kann somit nicht weiter in Betracht kommen.

Mag es sich aber mit dem Geneât so oder anders verhalten, das Endergebniß unserer Untersuchung bleibt unumstößlich: wir haben im Kôtsetla den ags. Minofliden ausfindig gemacht. Daß es aber schon im VII. Jahrhundert solche Leute, wennschon vielleicht unter anderem Namen, gegeben hat, sezt das früher besprochene Gesez Ine, c. 67, (Schmid, S. 52) außer Zweifel.

Digitized by Google

Anhang.

Die angelsächsischen Rechtsbegriffe Bôkland und Folkland.[1])

Brunner stellt als Ergebniß der das Bôkland und Folkland betreffenden Forschungen Allens und seiner Nachfolger, einschließlich vor allen seiner selbst, folgende drei Säze auf:

1. „Bôkland, Buchland ist das mittelst Urkunde erworbene Privateigenthum am Grund und Boden.“ (A. a. O., S. 151.)

2. „Das Bôkland hat seinen Namen von der Urkunde, durch welche es erworben wurde.“ (Ebendas.)

3. „Das Bôkland unterscheidet sich dadurch, daß es Privateigenthum ist, vom Volklande, der terra communis, als dessen Eigenthümer der Stat erscheint.“ (S. 153.)

Der leztere Saz ist, wie mir scheint, für keine Zeit der angelsächsischen, bez. englischen Rechtsentwicklung richtig. Den ersten hat eigentlich schon Schmid (Glossar, s. v. bôkian und bôkland) im Widerspruch gegen Allen und Kemble aufgestellt; aber freilich nicht begründet. Brunner gelangt dazu, weil er der Eigenthumsübertragung durch Buch (gebôkian, SS. 153—156) einen Einfluß zuschreibt, der keineswegs bloß die Form der Eigenthumsübertragung berührt, sondern auch das Wesen des Eigenthums selbst verändert, indem sie an die Stelle des „Familienguts“, êðel, ein frei

---

1) Über die einschlägige Literatur vgl. Brunner, RG. d. röm. u. german. Urkunde, I. 151, N. 1. Vgl. ferner Lappenberg, Gesch. v. Engl., I, 578—80, Gierke, a. a. O., S. 59 f., Waitz, G. G. A., 1858, III. 1700, und v. Sybel, a. a. O., SS. 412; 479—81. Brunner übergeht die ältere Literatur vor Allen (1830), mit dem erst die wirklich rationelle Forschung auf diesem Gebiete beginnt. Die Hauptrepräsentanten der älteren Forschung sind Spelman, Glossar, s. v. bôkland und s. v. folkland, und Jac. Grimm, RA., S. 493, denen sich als verspäteter Nachzügler Gaupp (Ansiedlungen, S. 546 f.) anschließt. H. Leo (Rectitudines, S. 162) steht bereits auf Allens Schultern; er hat indeß dessen Ergebniße schrullenhaft verdorben. Meine nachfolgende Erörterung sieht von ihm, sowie von Gaupp und den Vorgängern Allens gänzlich ab, und hält sich überhaupt, um alle unnöthigen Weitläufigkeiten zu vermeiden, ausschließlich an Brunner.

Digitized by Google

veräußerliches Grundeigenthum sezt. (S. 153.) Von dieser lezteren Wirkung des Buchens weis allerdings Schmid noch nichts; und ich möchte behaupten, daß sie auch Brunner unbewiesen gelaßen hat. Er selbst muß anerkennen (SS. 190 ff.), daß durch Buchung „Familienfideicommisse“ begründet seien, und zwar auffallend früh begründet; und damit ist doch wohl die Behauptung, das Bôkland habe den êðel „aufgesogen“, nicht recht vereinbar.[1]) Diese Familienfideicommisse entsprechen allerdings keineswegs vollständig dem êðel; denn ihre Veräußerung hängt nach Alfr. 41 nicht bloß von der „Erben“ Zustimmung ab, sondern ist zugleich durch den Willen der ersten Vergaber und die erste Vergabungsurkunde (liber antiquus, Brunner, SS. 169 ff.) bedingt; dennoch aber zeugen sie bestimmt gegen die brunnersche Annahme, das gebôkian habe den materiel rechtlichen Einfluß gehabt, ein frei veräußerliches Grundeigenthum zu schaffen, und so allmälig dasjenige Land, das ehedem êðel gewesen, seines alten Charakters als Familienstammgut zu berauben. Überdies sezt diese Hypothese eine Schnelligkeit und Extensität des Gütertausches auf dem Gebiete des Grundvermögens voraus, an die für die Zeiten, die hier in Betracht kommen, nicht entfernt gedacht werden kann. Ich halte demnach auch die beiden ersten Säze Brunners für unrichtig, und behaupte, derselbe hätte nie zu ihnen gelangen können, wenn er von dem gesamten gesezlichen Quellenmaterial, das in Betracht kommt, nicht (S. 191) ausschließlich Alfr. 41 berücksichtigt, und sonst sich nur an die Diplome gehalten hätte, worin Landbuchungen vorkommen. Die Gesecze nämlich betrachten unverkennbar die familienfideicommissarische Form des Bôklandes, wie sie Alfr. 41 schildert, als nothwendigen, bez. natürlichen Bestandtheil; eben dieser Bestandtheil weist aber darauf hin, daß das Land keineswegs bloß die familien-fideicommissarische Natur des êðels hat, sondern Dienstland ist, über dessen Veräußerungsfähigkeit neben dem „ervengelof“ und gleichzeitig mit diesem, der herrschaftliche Wille entscheidet. Wir werden uns auch überzeugen, daß die Geseze, an die sich meine Untersuchung, so weit sie das Bôkland betrifft, ausschließlich hält, dasselbe in der That als Dienstland betrachten, als welches auch das gebuchte Familienfideicommiss in zwei Urkunden bei Brunner (S. 190 f.) wahrhaft handgreiflich erscheint. Ich werde

---

[1]) Vgl. auch êðel-tyrf bei Leo, Glossar, S. 231, Z. 3 f. noch in den bouterwekschen Glossen, und êðel selbst im Sinne von praedium avitum, allodium, solum patriae, patris noch in dem uns überlieferten, aus dem X. Jahrhundert stammenden Cädmon-Texte.

Digitized by Google

aber aus den Gesezen den weiteren Nachweis führen, daß sie unter Bôkland ganz speciel Dienstland verstehn, was vom Könige stammt, und dem weltlichen oder kirchlichen þegn als Dienstgut (âre) übereignet ist. Außerdem werde ich aus den Gesezen den Nachweis führen, daß insofern ein bestimmter rechtlicher Zusammenhang zwischen Bôkland und Folkland besteht, als lezteres nur als Zubehör des ersteren vorkommen kann; und alle diese Thatsachen, sowie eine Nachricht Bedas, von der weiter unten die Rede sein wird, weisen doch auf eine ganz andere Entstehung und Bedeutung der Worte bôkland und folkland hin.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Angelsachsen das Landbuch und den Formalact des „gebôkian“ erst in England kennen gelernt haben; und zwar spricht die höchste Wahrscheinlichkeit dafür, daß es die Geistlichkeit gewesen, welche diese Rechtsformen in Übung gebracht hat. (Brunner, SS. 187—189 und Heusler, Die Gewere (Weimar 1872, 8⁰), S. 17 f. (u. SS. 470 ff.) Eben der Geistlichkeit sind nun aber (nach Beda) aus den Ländereien, aus denen der König Folkland an seine Krieger verlieh, Dienstländereien behufs Stiftung von Klöstern durch Landbuch verliehen. Damit scheint mir nicht bloß das gebôkian aufgebracht zu sein, das dann immer allgemeinere Sitte wurde, sondern von hier stammt offenbar auch die Bezeichnung Bôkland. Schon Allen hat den Namen im wesentlichen richtig gedeutet; er bezeichnet königliches Dienstland, das dauernd vergabt ist. Eine noch praecisere Bedeutung aber nahm das Wort an, als es Sitte wurde, den weltlichen Dienern des Königs erbliches Dienstland zu verleihen, und zu diesem Behufe ihnen Familienfideicommisse im Sinne von Alfr. 41 zu buchen. Wir werden finden, daß den königlichen Thanen neben diesem erblichen Dienstlande unerbliches verliehen ist; und diese beiden Arten Dienstland sind es, welche die Geseze durch Bôkland (erblich) und Folkland (unerblich) unterscheiden.

Die Meinung, unter lezterem werde Volksland, wie Brunner charakteristisch sagt, „terra communis“, verstanden, wird seit Allen allgemein getheilt. Nach dieser Ansicht wird nicht das Land erst Folkland durch die Verleihung, sondern es behält diesen Charakter troz der Verleihung. Das einzige Fundament dieser Theorie ist aber, außer dem (misdeuteten) Namen, nur die Nothwendigkeit der Zustimmung der Witan zur Verleihung von Folkland. (Brunner, S. 161.) Diese vermeintliche Nothwendigkeit ist indeß reine Hypothese. Da an die Geistlichkeit kein Folkland verliehen werden konnte, wie sich zeigen wird, so besizen wir ein über alles Maß spärliches Quellenmaterial betreffs des Folklandes, und sind durchaus nicht im Stande jenen Saz nachzuweisen, namentlich nicht festzustellen, daß die Witan

Digitized by Google

bei der Verleihung von Folkland irgendwie ein entscheidenderes Wort zu sprechen gehabt haben, wie bei der Vergabung von Bôkland in dem hier vertheidigten Sinne. Davon kann man indeß ganz absehn, wenn man der allenschen Theorie vom Folklande in den Weg treten will. Ihre eigentliche Achillesferse ist, daß sie das Folkland zur terra „communis“ macht, d. h. zu markgenoßenschaftlichem Besiz der ganzen Volksgenoßenschaft, welcher — Dank der Erstarkung der Königsmacht — unter die Disposition des Königs und seiner Witan gerathen sei. Das ist unhaltbar. Der competenteste Richter, den wir über diese Frage anrufen können, E. Nasse, sagt darüber in seiner schönen, mit hanssenscher Ruhe und Klarheit geschriebenen Abhandlung „Ueber die mittelalterliche Feldgemeinschaft und die Einhegungen des sechzehnten Jahrhunderts in England“ (Bonn 1869, gr. 4°, S. 21 f.), nachdem er constatirt hat, daß außer den in genoßenschaftlichem Besiz befindlichen Weiden und Wäldern noch anderes unbebautes Land vorhanden gewesen, woran der König „eine Art von Obereigenthum“ gehabt habe, wörtlich: „Durch die Untersuchungen von Allen, Kemble und K. Maurer ist nun höchst wahrscheinlich gemacht, daß dies unbebaute Land . . . des kyninges folkland war. Der König konnte es sowohl unter Beibehaltung seiner Natur als folkland einzelnen zur Sondernuzung verleihen, wie mit Zustimmung des Witema (?) durch eine schriftliche Verleihungsurkunde in bôkland . . verwandeln. Im ersteren Falle scheint der Besiz ein prekärer und mit manigfachen Leistungen beschwerter, im zweiten ein volles Eigenthum gewesen zu sein, worauf nur die allem Grundeigenthum gemeinsame trinoda necessitas, d. h. die Verpflichtung zum Dienst im Felde, und zur Reparatur der Brücken und Festungen . . . ruhte. Im einzelnen freilich ist auch hier noch sehr vieles unklar und unsicher; aber für uns liegt die Frage nach der Natur des Volkslandes ferner, da zwar, so lange dasselbe nicht verliehen und bebaut war, der königlichen Regelung unterworfene Weide- und Holznuzungen der Anwohner an demselben stattfanden, seine Verwandtschaft mit dem gemeinen Lande agrarischer Genoßenschaften aber doch nur eine entfernte ist. Nach der normannischen Eroberung und der Einführung des Lehnsystems hört jede Erwähnung des Volkslandes auf. Ein großer Theil muß allmälig in Buchland verwandelt sein; . . . die Reste des Volkslandes aber scheinen in der königlichen Domäne, der terra regis aufgegangen zu sein.“

Die Verwandtschaft des Folklandes mit dem gemeinen Lande agrarischer Genoßenschaften ist also „nur eine entfernte“. Um die

entscheidende Bedeutung dieser Feststellung ganz zu würdigen, bitte ich den Leser, noch Folgendes in sorgfältige Erwägung zu ziehn. Alle angelsächs. Staten in England ohne Ausnahme sind als Königreiche gegründet. Nun habe ich bereits früher darauf aufmerksam gemacht, daß das Königreich im Beówulfliede als der êðel des Königshauses bezeichnet wird, den, beiläufig bemerkt, auch in jener Dichtung schon der König theilweis vergabt. Ferner ist von selbst klar, wird auch durch die nachfolgenden Erörterungen noch ganz besondere Bestätigung erhalten, daß der König in ältester Zeit grade am allerwenigsten einen starken immobilen Dispositionsfond behufs Gründung von Ansiedlungen für seine Beamten und Satelliten, Austheilung von Belohnungen u. s. w. u. s. w. entbehren konnte. Wie kann man also daran zweifeln, daß die vermeintliche terra communis von Uranfang an königlicher êðel, und nicht Volksland gewesen ist?

Allen hat eine Stelle aus Bedas Epist. ad Ecgbirthum Archiepiscop., c. 11 (Op. min., II. 216) und aus seiner V. s. Benedicti, c. 1 (ebendas., S. 217 f.), auf die ich schon oben hingedeutet habe, ans Licht gezogen, die von Kemble (a. a. O., I. 238) der ganzen Untersuchung unserer Frage zu Grunde gelegt sind; von diesen Documenten ist in der That auszugehn. Sie ergeben zunächst, daß Ländereien der Art, welche Allen für das alte Folkland, den ager publicus gehalten, zu Bedas Zeit in erster Linie an Leute vergeben sind, welche dem Könige als Krieger dienten; außerdem aber auch zur Erbauung von Klöstern. Das führt zu dem Schluße, daß das angebliche Folkland außer an „mässeþegnas“, die zu einem Kloster incorporirt sind, an woruld-þegnas und deren geneátas i. S. der Rectitudines, c. 2, verliehen wurden. Die Stelle des Briefes an den Erzbischof Ecgbirth läßt nun keinen Zweifel darüber, daß den auf Königsgut errichteten Klöstern schon damals ein testamentum regis (bôk, bêk) als Warrant ihres Grundbesizes ertheilt ist; schon damals also haben die Klöster Bôkland erhalten. Ebenso nennt Rectitud., c. 1, das Land, was in Edg., II. 1 þegenes inland heißt, „þegenes bôkland“. Dürfen wir aber annehmen, daß es das leztere — von vereinzelten möglichen Ausnahmen abgesehn — schon zu Bedas Zeit gegeben? Bedas eigne Auslaßungen zwingen keinen Falls dazu; der Umstand aber, daß Ines Geseze des Bôklandes noch mit keiner Silbe gedenken, sondern daß Alfr. 41 das erste Gesez ist, welches das thut, spricht dagegen; und ebenso eine allgemeine Erwägung.

Aus dem folkländischen Amtsbeneficium ist im Laufe der Zeit ein förmliches Amtslehen geworden (vgl. Schmid, Anh. VII. 2,

Digitized by

§§ 9—12, SS. 396—398); und eben diesen Zustand spiegelt die Bezeichnung des þegenes inland als bôkland in Rectitud., c. 1, wider. So kann das Ding jedoch zu Bedas Zeit unmöglich schon gelegen haben. Es scheint mir ganz undenkbar, daß damals das Princip der Erblichkeit sich schon so weit in der ags. Ämterverfaßung ausgedehnt hatte. Ohne dies Princip aber ist die Annahme von þegenes bôkland die reinste Unmöglichkeit.[1])

Doch dem sei, wie ihm wolle, von weit größerem Interesse ist für uns die Frage, woher dann das Folkland seinen Namen hat, wenn wir ihn nicht als Volksland deuten dürfen? Mir scheint, die Antwort auf diese Frage liegt nicht sehr weit. Das Wort folk bedeutet im Beówulfliede nicht populus, sondern exercitus; und zwar so, daß beide Begriffe von einander verschieden sind. In gleichem Sinne stellt Wihtr. 24 (Schmid, S. 18) den folkes man und den kirikan man, den Krieger von Beruf (þegn und geneât) dem Kleriker gegenüber; und in diesem noch durch zahlreiche andere Beispiele[2]) zu belegenden Sinne ist das Wort folkland zu deuten. Es ist keineswegs ein deutscher Ausdruck für ager publicus; ein solcher existirt ms. Ws. überhaupt in keiner german. Mundart; sondern das Land wird erst Folkland durch Hingabe an das Folk, d. h. an diejenigen Berufskrieger, die wie þegn, Gesîð und Geneât stets, und nicht bloß in Folge des besonderen Aufgebots, kriegerische, namentlich Ritter- und Knappendienste leisten. Genau in diesem Sinne ist das Wort z. B. in dem kleinen ags. Gedichte aus unbestimmter Zeit, „Klage der Frau“,

[1]) Das nicht klösterliche Bôkl. kann nur auf die Weise entstanden sein, daß der König dem þegn und den mit ihm „gelandeten“ Anwärtern das Inland als familienfideicommissarisches Amtslehen gebucht hat. Eben wegen der Familienfideicommissqualität, sowie zur Wahrung der Dienstherrlichkeit des Königs war in diesem Falle auch die Buchung sehr zweckmäßig. Das Landbuch diente hier zugleich als statutarisches Warrant der Rechte beider Theile. Beim bloßen Folkland dagegen bedurfte es dessen nicht; dort trat das territoriale Particularrecht an Stelle jenes Statuts. Ich will es daher gern glauben, wenn Brunner (S. 190) einen formalen Gegensaz zwischen beiden Grundbesizarten darin statuirt, daß Folkl. niemals „gebucht“ sei. So ausgemacht wie er die Sache hinstellt, ist sie aber keineswegs. Die Spärlichkeit der urkundlichen Nachrichten über das Folkl. hindert jene unbedingte Behauptung. Das Folkl. ist stets Lehnland; daß aber letzteres ebenfalls gebucht werden konnte steht fest. (Vgl. Brunner, S. 182, bes. N. 3; auch S. 185.)

[2]) Vgl. namentlich in der Einleitung zu Wihträds Gesezen (Schmid, S. 14) das „hêrsuma folk“, comitatus, nicht, wie Schmid will, populus. obediens. Es ist von der gemeinsamen Verhandlung der königlichen Antrustionen mit der hohen Geistlichkeit die Rede.

Digitized by Google

v. 47 (Wülcker, S. 26) gebraucht. Das um die Noth ihres Gatten, eines seefahrenden Kriegers, trauernde Weib wünscht dort, jeder junge Mann, jedes kühne Herz, d. h. jeder Krieger in unserem Sinne, solle deshalb stets traurig sein u. s. w., gleichviel, ob ihm des Herzens Wunsch erfüllt werde, oder ob er in weiter Ferne von seinem „folkland" geächtet leben müße. Der „Wunsch" des Jünglings ist eben sein Folkland, der Lohn seiner tapferen Treue.[1])

Der hier ermittelte Begriff von Folkland erlitt natürlich eine Änderung, sobald dem þegn sein Inland nicht mehr als Folkland, sondern als Bôkland verliehen wurde; das Folkland wurde damit das, als was es Edg., II. 1 bezeichnet, d. h. Geneâtland. Man wird mir aber wohl zustimmen, wenn ich es höchst unwahrscheinlich finde, daß die Neuerung irgendwie die Realbelastung berührt habe. Betreffs der Reallasten des Landes ist dadurch schwerlich etwas geändert. Das alte þegn-folkland dürfte in dieser Beziehung vielmehr ganz dem þegenes bôkland Rectitud., c. 1, geglichen haben; und wenn Allen, Kemble u. s. w. dagegen behaupten, das Bôkland sei nur mit der trinoda necessitas belastet, und diese Last eine „gemeine" gewesen, so bestreite ich das erstere gradezu, und ziehe das leztere für die älteste Zeit in Zweifel. Der Behauptung, das Bôkland sei nur mit der trinoda necessitas belastet gewesen, widerspricht durchaus Rectitud., c. 1, das keinen Zweifel darüber läßt, daß über die Lasten des Bôklandes in erster Linie der Verleihungsbrief, das bôkriht, entscheidet, sowie daß das Land aus Dienstland hervorgegangen ist; andererseits aber scheint mir die Behauptung, das gesamte freie Grundeigenthum der Angelsachsen sei mit der trinoda necessitas belastet gewesen, leichter aufzustellen, wie zu beweisen. Daß er für das Ende der ags. Periode zutrifft, ist gewiß; damit ist aber für den Anfang nichts bewiesen.

Überschauen wir nun das Gesezesmaterial, um uns zu überzeugen, daß darin überall bôkland in dem von mir behaupteten Sinne von königlichem Dienstland genommen ist.

Ich kenne nur ein einziges Gesez, was wenigstens auf den ersten Blick der schmid-brunnerschen Theorie günstig scheinen könnte, und mit ihm will ich die Revue beginnen; es wird sich jedoch herausstellen, daß bei genauem Betracht auch dies Gesez durchaus für mich spricht. Es handelt sich um Aðlst. VI. 1, 1 (Schmid, S. 156). Dort wird verordnet, der handhafte[2]) Dieb solle gehangen, dann aus

---

[1]) Wülcker selbst will folkl. hier als „Vaterland" deuten.

[2]) Vgl. Jobbé-Duval, Étude historique s. la revendication des meubles en droit français. Paris 1881, 8°, SS. 24—28.

Digitized by Google

seinem Nachlaße dem Bestohlenen voller Ersaz geleistet, und der Rest des Nachlaßes so getheilt werden, daß die eine Hälfte die Witwe erhalte, sofern sie unschuldig sei, die andere Hälfte aber zwischen dem Könige und der Mannschaft, welche der Diebesspur gefolgt ist, zu gleichen Theilen vertheilt werde. Darauf bestimmt das Gesez wörtlich: „Gif hit bôkland sŷ oððe biskopa land, þonne âh se landhlâford þone healfan dâl wið þone geferskipe gemäne." Unzweifelhaft hebt dieser Saz das zuvor ausgesprochene Theilungsprincip betreffs der nicht an die Witwe zu verabfolgenden Nachlaßhälfte zu Gunsten des Grundherrn auf für Bischofsland und Buchland; und wer die Sache so versteht, als ob es sich um Theilung eben des Landes selbst handelte, der wird aus der Stelle allerdings nothgedrungen den Schluß ziehn, daß es neben dem königlichen Bôklande nicht königliches magnatisches giebt. Freilich wird er dabei schwerlich der Verwunderung darüber Herr werden, weshalb Äðelstân nicht einfach von bòkland spricht, sondern daneben noch ausdrücklich das Bischofsland erwähnt, wie das Gesez sich ausdrückt, sogar die „terra episcoporum." In Wahrheit ist aber gar nicht von Landtheilung die Rede, sondern das Gesez sezt die beiden Fälle: der Dieb ist auf königlichem, bez. öffentlichem Gebiete gefaßt oder ansäßig; dann heißt es, der Nachlaß halb der Witwe und die andere Hälfte zu gleichen Theilen dem Könige und den Spur folgenden Leuten; oder der Dieb wohnt, bez. wird gefaßt auf Bischofsgebiet oder auf Buchland, dann theilen die zweite Hälfte die Spur folgenden Leute mit dem Grundherrn, d. h. mit dem Bischof oder dem Grundherrn des Buchlandes. Evident also ist hier bòkland im Sinne von þegenes inland genommen; und der Umstand, daß nicht auch für das Folkland eine Theilung zwischen landhlâford und geferskipe angeordnet ist, erklärt sich einfach daraus, daß auf diesem eben nicht der þegn bei der Theilung an des Königs Stelle tritt.

Wir brauchen ja auch nur Aðlr. I. 1 § 4 (Schmid, S. 202) dem vorigen Geseze gegenüberzustellen, um sofort den handgreiflichen Beweis dafür zu haben, daß bôkland jurist. Kunstausdruck für þegenes inland ist. Dort heißt es: „Beô se kyng älkes þära wîta wyrðe, þe þa men gewyrken, þe bôkland häbben; and ne bête nân man for nânre tyhtlan, butan hit sŷ þäs kynges gerêfan gewitnesse." Wenn wir Schmid folgen, der, wahrscheinlich misleitet durch die Vet. Vers., gewyrkan als verwirken versteht, können wir freilich mit der Stelle für unseren Zweck nichts anfangen; das Verbum bedeutet hier aber grade umgekehrt erwirken; und das giebt der Sache ein ganz anderes Gesicht. Äðelred befiehlt dann:

Digitized by Google

Das Recht des Königs werde bei alle den Gewedden, welche die mit Buchland ausgestatteten Männer — in Folge ihres burh-geatsetl — erwerben, gewahrt; und um darin noch sicherer zu gehn, verbietet er im Nachsaze jede Bußzahlung ohne Vorwißen des Gerêfa, der ja sein Gefälle von den königlichen Gerichtssporteln hat. Selbstverständlich sind übrigens unter den Buchlandsbesizern hier die Klosteräbte mit begriffen; auch sie haben Sôkngerichtsbarkeit.

Für den königlichen Ursprung des Bôklandes und das fortdauernde feudale Obereigenthum des Königs daran sprechen auch die Vorschriften über die Verwirkung des Buchlandes durch Fellonie.[1]) Leider lernen wir sie erst aus den Gesezen Kanuts d. Gr. kennen, die schon einen veränderten Rechtszustand voraussezen; indeß das Grundprincip stammt zweifellos aus der ältesten Zeit. Beda deutet bereits in der oben allegirten Stelle seines Briefs an den Erzbischof Ecgbirth darauf hin, indem er die Revision der Warrants gewißer Klöster anregt, als ob dieselben durch ihre Irregularität und als faule Knechte der militia ecclesiastica ihr Buchland verwirkt hätten. Nach Kanuts Gesezgebung wird der woruld þegn genau ebenso durch Bôkland zum Kriegsdienste verpflichtet, wie nach sächs. Lehnrecht der Lehnsmann zu Ritterdiensten. Unbedingter Verwirkungsfall, große Fellonie, ist daher Feigheit auf dem Heereszuge zu See oder Land. Vgl. Cn. II. 77, aufgenommen in Henr. 13 § 12. Ebenso natürlich ist, daß der Mann sein Buchland verwirkt, sobald er exlex wird. Vgl. Cn. II. 13, und dazu Henr. 13 § 1. Cn. II. 13 läßt aber eine Neuerung, und zwar eine uns sehr interessirende, erkennen. Die fiscale Verwirkung des Buchlandes soll nämlich in jenem Falle unabhängig davon sein, ob der Besizer unmittelbarer oder mittelbarer Kronwassal, also heâhþegn oder einfacher þegn im Sinne von Anh. V. 3 ist. Es läßt sich wohl kaum bezweifeln, daß der leztere von Rectitud., c. 2, mit zu den Geneâtas gerechnet wird; wir haben also hier höchst wahrscheinlich einen thatsächlichen Beweis dafür, daß auch das Geneâtland allmählich in Bôkland verwandelt wurde.

---

[1]) Brunner stellt (S. 182, bes. N. 5) den Saz auf, verwirktes Buchland in seinem Sinne sei stets an den König, verwirktes Lehnland dagegen an den Lehnsherrn gefallen. Das Beispiel, worauf er sich beruft, rechtfertigt jedoch die erstere Behauptung nicht. Auch ein êðel würde in jenem Falle der Confiscation unterlegen sein; die Thatsache, ob das confiscirte Land überhaupt gebucht ist, ist dabei ganz gleichgiltig, sonst hätte ebendort grade auch das Lehn confiscirt werden müßen. Auch in den zu besprechenden Fällen hat die Buchung an sich gar nichts mit der Confiscation zu thun.

Digitized by Google

Ein weiteres Argument für den königlichen Ursprung des Bôklands und die königliche Oberherrlichkeit darüber liefert Alfr. 41 (Schmid, S. 94), benuzt in Henr. 70 § 21: „Ferner bestimmen wir, daß der grundherrliche Inhaber von Buchland, das ihm seine Magen hinterlaßen haben, das Eigenthum daran niemandem außerhalb seiner Magschaft[1]) abtreten darf, sofern darüber eine Urkunde (gewrit oððe gewitness) vorhanden ist, daß die Männer, welche das Buchland zuerst erworben, sowie diejenigen, welche es ihnen übereignet haben“, — d. h. der König und seine consentirenden Magen — „es verboten haben. Und diese Urkunde hat er“ — der landâgende — „in Gegenwart des Königs und des Bischofs,“ d. h. in der curia regis, „seinen“ — klagenden, protestirenden — „Magen vorzulesen.“ Der lezte Saz regelt den Formalbeweis.[2]) Der landâgende hat natürlich auch das Besizwarrant in Händen; die magschaftlichen Anwärter aber haben ebenfalls das volle Recht, den Inhalt des Warrant kennen zu lernen[3]); deshalb wird der landâgende gezwungen, es ihnen in dieser Weise zu ediren. Daß aber in diesem Geseze der König als Oberherr des Buchlandes gedacht ist, wird durch die Verweisung des Editionsprocesses vor die curia regis, den König und seinen Schöffen, den Bischof[4]), festgestellt. Wie unausgesezt aber die schüzende Hand des Oberherrn über dem Lande waltet, zeigt der Umstand, daß der Charakter des Buchlandes als unveräußerlichen Stammgutes der beliehenen Mägburh, bez. des beliehenen Klosters, auf die Anordnung der „verleihenden Männer,“ d. h., wie gesagt, des verleihenden Königs und seiner Magen, bez. auf den desfallsigen Vertrag derselben mit den „empfangenden Männern“ zurückgeführt wird.

Als leztes entscheidendes Argument für die königliche Oberherrlichkeit über das Buchland, und somit für dessen königlichen Ursprung, sei endlich noch hingewiesen auf Rectitud., c. 1, wo das Buchland nicht nur als Dienstland, sondern ganz bestimmt als königliches Dienstland behandelt ist.

Damit wende ich mich zum Folkland zurück. Ich habe oben den Nachweis verheißen, daß dasselbe rechtliches Zubehör zum

---

[1]) mäg-burh = „Gesamtheit der zu einer Burg gehörigen blutsverwandten Individuen.“ (Mor. Heyne, Glossar zu Beówulf, s. v.) Das Bôkland ist also auch hier als þegenes inland gedacht. Die Bestimmung macht aber den Eindruck, als sei das Institut des Buchlandes noch nicht alt.

[2]) Vgl. Brunner, SS. 203—208.

[3]) Vgl. Brunner, S. 167 f.

[4]) Die von Brunner (S. 157 f.) erwähnte Mitwirkung des Bischofs bei der Buchung scheint mir hier gleichgiltig.

Digitized by Google

Bôkland ist. Damit soll natürlich nicht gesagt sein, es sei auch dessen nothwendiges Zubehör. Die Klöster haben, wie gesagt, kein Folkland; und die weitere Untersuchung wird ergeben, daß überhaupt nur der active woruld-þegn Folkland haben kann. Der Beweis aber, daß dies unbedingt Pertinenz des Bôklandes ist, steckt in dem für unsere ganze Untersuchung äußerst wichtigen Geseze Edw., I. 2 (Schmid, S. 112). Schmids Übersezung der Stelle verdirbt, offen gesagt, ihren ganzen Sinn, während sie in der Vet. Versio ziemlich richtig widergegeben ist. Ich überseze: „Ferner haben wir über die Buße dessen verhandelt, der einem anderen, sei es auf dem Bôklande, sei es auf dem Folklande, sein Recht verweigert hat, obwohl er, da jener sich vor dem Gericht Recht verschaffte, sich verpflichtet hatte, den Anspruch als eine dem Fordernden gegen das Folkland zustehende Gerechtsame binnen bestimmter Frist zu erfüllen.[1]) Wenn der Kläger darauf sein Recht nicht erhalten sollte (näfde), weder betreffs des Bôklandes, noch des Folklandes, so soll der Rechtsverweigerer schuldig sein, 30 Schill. an den König zu zahlen, und ebenso beim zweiten Male", d. h. wenn es zur sogen. zweiten Klage in der Sache kommt. „Im dritten Falle hat er 120 Schill. Königsbann zu zahlen, es sei denn, daß er sich vorher", d. h. ehe es zur dritten Klage kommt, „fügt". Das Gesez ist sofort verständlich, wenn wir uns an die Frondienst- und Zinspflichtigkeit des Geneât und Kôtsetla erinnern. Um die Erfüllung dieser Pflichten handelt es sich, die hier unzweideutig als Grundgerechtigkeiten des Bôklandes und Reallasten des Folklandes behandelt werden.

Wir besizen (nach Schmid) leider nicht mehr, wie zwei Urkunden, die vom Folkland reden. Die jüngere davon (Kemble, Cod. dipl., N. 317) bestätigt aber die Wahrnehmung, daß Folkland stets Zubehör von Bôkland ist, in vollem Maße, und ist auch sonst hier von großem Interesse. Schmid berichtet darüber (Glossar, s. v. folkl.): „Sie enthält die leztwillige Verfügung eines dux Alfred, die Kemble zwischen 871—889 sezt. Alfred hinterläßt danach seiner Frau . . . den größten Theil seiner Besizungen, die nach deren Tode auf ihre gemeinschaftliche Tochter übergehn sollen. Seinem Sohne Äðelwald . . . sezt er 3 hîda bôklandes nebst

---

[1]) geandagode ist Prädicat zu se þe ôðrum rihtes wyrnde. þät vor he him geandagode ist Pronomen relativ., und nicht etwa Partikel. Es ist zu verstehn: and þät riht, þät þ: he him geandag. Das führt auch zum Verständniß der Worte: of þam folklande, nämlich þät riht of þ. folkl. Die verlangten Leistungen on bôklande and on folklande werden sonach als Reallast des lezteren behandelt.

Digitized by Google

100 Schweinen aus, indem er weiter bemerkt: and gif se kyning him geunnan wille þäs folklandes tô þam bôklande, þonne häbbe and brûke," scil. he þäs, dann habe er daran Nießbrauchsgewere; „gif þät ne sîe," wenn der König seine Genehmigung nicht ertheilen sollte, „þonne selle hiô," die Tochter, „swâ hwäðer swâ hiô wille" (ganz nach ihrem Belieben), „swâ þät land on Horsalege, swâ þät on Leanganfelda" (entweder das Land . . . oder das L.). Zum Verständniß dieser Urkunde muß man vor allem wißen, daß die grundherrlichen Rechte an nuzbarem Grundbesiz in der Weise übertragen werden, daß man dem Erwerber die Nuzungen zuspricht. Vgl. Heusler, Gewere, S. 59 f., (SS. 62—65. In derselben Weise macht Herzog Alfred hier seinen Sohn zum Herrn des Folklandes, bez. Geneâtlandes, indem er ihm die Jahresnuzung von 100 Schweinen verschreibt. Nach Rectitud., c. 2 hat nämlich der Geneât jährlich 1 Schwein an den Hlâford abzugeben, eine Auflage, von der der Kôtsetla (nach c. 3) frei ist. Die Einsezung des Sohnes zum Herrn des Folklandes war aber nur unter Vorbehalt der Genehmigung des Königs möglich; daher die weiteren Eventualverfügungen des Testators. Was besagt nun aber die vorgesehene Nichtgenehmigung des Königs? Ich kann nur verstehn: die Weigerung, den Sohn sofort zum Nachfolger seines Vaters zu machen. Nach Rectitut. c. 2 ist zu schließen, daß auf dem Folklande etwa hundert Geneâtas, satellites angesiedelt gewesen sind. Das Bôkland und dies Folkland zusammen haben also eine stattliche herzogliche Besizung ausgemacht; wenn aber der König dem Sohne die unmittelbare Nachfolge in das Herzogsamt wehrte, dann brauchte derselbe auch nicht diese große Anzahl von Satelliten; der König würde also das Folk- bez. Geneâtland vom herzoglichen Bôklande getrennt, und dem zugetheilt haben, dem er das Herzogsamt übertrug. Der Sohn des Herzogs würde sich dann haben gefallen laßen müßen, dem Könige in untergeordneter Stellung von dem Bôklande zu dienen, und zu diesem Behufe ein geringeres Areal an Folkland zu empfangen, das zugleich den für den þegn nothwendigen Fünfhufenbesiz voll machte. Beiläufig bemerkt, beseitigt die vorstehende Erläuterung auch die Vermuthung Kembles und Schmids, daß und warum Herzog Alfred seinen Sohn im Testament gegen die Tochter zurückgesezt habe. Ich vermag dem Testament kein desfallsiges Indicium zu entnehmen.

Die andere Urkunde, welche noch vom Folkland spricht, Kemble, Cod. dipl., N. 281, a. 858, bin ich außer Stande, rechtgeschichtlich zu verwerthen.

Digitized by Google

Berichtigung zu S. 41, N. 1.

Bei der Correctur des Druckes habe ich mich überzeugt, daß meine Inhaltsangabe betreffs Aðlst. VI. 6 § 3 auf falscher Auffaßung beruht, zu der ich durch die Unrichtigkeiten der alten lateinischen Übersezung und derjenigen von Schmid veranlaßt bin. Beide nehmen das feminin. torfung im zweiten Saze im Sinne von „Steinigung." Das kann das Wort an und für sich wohl bedeuten; unmöglich aber an dieser Stelle; hier wird sein Sinn vielmehr durch eine Bedeutung des verb. torfian erschloßen, die Leo, Glossar, S. 231, Z. 9 ff., feststellt, und welche in unserer Stelle zur Übersezung des Substant. torfung durch „Schoßung", Schoßen führt. Ich überseze den ganzen § 3: „Und betreffs unserer Dienstleute, welche Diener unter sich gehabt haben (be ûrum þeôwum mannum, þa men häfdon), haben wir beschloßen, wenn ein solcher geraubt wird, daß die Gilde (man) seinen Verlust mit $^1/_2$ Pfunde vergüte. Wenn wir aber dann die Buße (gyld) beitrieben, daß man noch (ufon) den Taxwerth der Kategorie, welcher der Geraubte angehört, auf dies halbe Pfund (on þät) daraufschlagen — d. h. sich noch außerdem vom Räuber ersezen laßen — solle; und daß wir, die wir dort (auf die Zahlung) gewartet haben, d. h. diejenigen Gildegenoßen, welche zur beitreibenden Trûst (gefêrskipe) gehört haben, den Aufschlag für uns behalten sollten. Wenn aber der þeôw sich selbst hinweggestohlen haben sollte, daß der Herr (man) alsdann die Schoßung um seinetwillen betreiben sollte (hine lädde — duceret — tô þäre torfunge) in der Weise wie es vorher, d. h. im vorigen Saze, vorgeschrieben wurde; und jeder Gildegenoße (älk man) schoße (außerdem) so viel, daß so viel Pfennige und halbe Pfennige zusammenkommen (þät man häfde — ut haberetur — swâ pänig, swâ healfne), wie es die Anzahl der Trûstmannschaft, die nöthigen Falls stark genug wäre, die Buße u. s. w. (þät weorð) gewaltsam beizutreiben, erfordert. Wenn er — der entflohene þeôw-man — sich dann (gegen die Trûst) zur Wehr sezte (ôðseôke; Praeterit. von ôðsâkan, dessen Grundbegriff offenbar sich wehren, zur Wehr sezen, einen Angriff abschlagen, ist), daß die Gilde dann

Digitized by Google

dem Herrn die ganze Buße zahlte, und wir allesamt den Flüchtling (hine) einfingen (âxodan, Praeterit. von âksian, âhsian, requirere, poscere). Wenn es uns dann gelingt, an ihn zu kommen, d. h. ihn wider einzufangen, daß dann mit ihm ebenso verfahren werde, wie man mit dem wälischen Diebe verfährt; das heißt, daß er gehangen werde." Die Tendenz des § 3 ist eine doppelte, einmal Versicherung der Gildegenoßen gegen Räubereien, die an ihren þeôw-men verübt werden, und dann Versicherung gegen die äußersten Insubordinationsexcesse dieser þeôw-men selbst. In beiden Fällen muß die Gilde mit Geldentschädigung und thätiger Hilfe einspringen, und auch den Lohn an die Gildemitglieder zahlen, die grade als Trûstleute fungiren. In lezterem Falle wird aber zur Sicherung der Disciplin unter den þeôw-men auch noch die Todesstrafe über den þeôw-man verhängt, und dessalb muß hier auch die volle Buße als Entschädigung an den Herrn gezahlt werden. Läßt sich dagegen der þeôw-man widerstandslos einfangen, so fällt er lediglich der Strafgewalt des Herrn anheim. In diesem Falle brauchen daher auch — wie das Gesez sich ausdrückt — nur so viel Pfennige und halbe Pfennige im Wege des Gildeschoßes (be þäre torfunge, swâ hit âr gecwädan wäs) aufgebracht zu werden, als zur Löhnung der Trûstleute erforderlich sind.

Die vorstehende Erläuterung läßt erst recht deutlich erkennen, daß Schmid Recht hat, den wŷlisk þeôf am Schluße des Paragraphen nicht mit den þeôw-men am Anfange zu identificiren; ich glaube aber mich nicht zu täuschen, wenn ich doch einen gewißen Parallelismus beider aus der Stelle herauslese. Der wŷlisk þeôf ist muthmaßlich ein Wäle des Königs, der wesentlich ebenso gestellt ist, wie der þeôw-man; lezterer ist also wohl ein Mann litischen Standes, der aber nicht in königlichem Dienste steht, sondern einen Praelaten oder weltlichen Magnaten zum Hlâford hat. Ich halte ihn für identisch mit dem wasso der Lex Salica, Tit. 33 § 6 (Behrend, S. 44), der ebenfalls einem „ministerium" vorgesezt ist, also etwa die Stellung des kentischen ambiht-smið (Aðlb. c. 7, Schmid, S. 2) oder eines litischen Hausmeiers u. s. w. einnimmt.

Digitized by Google

Nachträge.

S. 28 N. 2. Erst nach der Vollendung des Druckes dieser Abhandlung habe ich aus folgender Anzeige des diesjährigen Jahrgangs der Allgemeinen Bibliographie f. Deutschland, S. 458: „Wright, Thom., ... Aglo-saxon and old english vocabularies. 2. Edit. Edited and collated b. Rich. Paul Wülcker. 2 vols. ... London (Straßburg, Trübner“, Kenntniß davon erhalten, daß auch ein angelsächs. Wörterbuch von Thom. Wright existirt. Selbst Leo hat dasselbe zu seinem Glossar nicht benuzt. Auf Anfrage beim jezigen Herrn Herausgeber ist mir indeß gefälliger Weise ein Bescheid geworden, der erkennen läßt, daß weder in der früheren, noch in der jezigen Auflage des wrightschen Wörterbuchs die Worte twȳ-hȳnde u. s. w. berücksichtigt sind.

S. 62 f. Procop, B. G., II. 25 (bonner Ausgabe, Bd. II, S. 247) zeigt uns die königlichen Satellites als Ritter. Vgl. zu der Stelle Roth, Beneficialwes., S. 125, N. 53.

S. 95. Nach Heusler, Gewere, S. 54, soll noch nicht einmal zu Karls d. Gr. Zeit sich ein freier Minoflidenstand ausgebildet, und der „unfreie“ Colone seinem Herrn noch damals vollkommen rechtlos gegenübergestanden haben, weil ihn erst das „Hofrecht“ zum Rechtssubject gemacht habe, dies aber „erst im späteren Mittelalter“ entstanden sei, „in Folge des Eintritts Freier in gutsherrliche Abhängigkeit und der Durchdringung des bäuerlichen Colonats mit freien Elementen.“ Daß diese Chronologie unhaltbar ist, zeigt nicht nur Abschn. IV meiner Abhandlung zur Evidenz, sondern auch cap. 23 der karolingisch. Lex Alamannor, (Mon. G., Legg., III. 138). Jene Lex ist nach Merkel (Mon. G., a. a. O., S. 23 f.) ein Seitenstück zur Lex Salica emendata; sie ist keinenfalls später, wie im ersten Jahrzehnt des IX. Jahrhunderts entstanden.

S. 110 f. Heusler hält (a. a. O., S. 91) für möglich, daß die einjährige Besizesfrist in Lex Sal. 45 mit der gleichen Besizesfrist bei der sogen. rechten Gewere (a. a. O., SS. 237 ff.) identisch ist.

Digitized by Google

Daß leztere aus der ersteren entstanden, ist gewiß sehr glaublich, praejudicirt aber meiner Auffaßung durchaus nicht.

S. 127. Wie v. Sybel, Königth., 2. Aufl., S. 479, N. 2, dazu kommt, die Rectitudines ganz bestimmt dem X. Jahrhundert zuzuweisen, sie für ein Weisthum zu erklären, und die darin enthaltenen Rechtssäze, im Widerspruche mit dem eigenen cap. 21 der Rectitudines (Schmid, S. 382), als nur für eine bestimmte Grundherrschaft giltig anzuerkennen, sind für mich vollkommen unerfindliche Dinge. Ich glaube SS. 127—132 einen für die Rechtsgeschichte vollkommen richtigen, kritischen Gebrauch von der Rechtsaufzeichnung gemacht zu haben.

Druck von E. Gruhn in Warmbrunn.

Digitized by Google

Digitized by Google

Untersuchungen

zur

Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte

herausgegeben

von

Dr. Otto Gierke,

Professor der Rechte an der Universität Heidelberg.

XVIII.

Die Grundsätze über den Schadensersatz in den Volksrechten

von

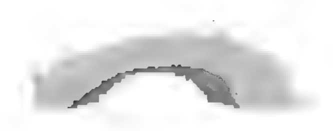
Arthur Benno Schmidt,

Dr. iur.

Breslau.

Verlag von Wilhelm Koebner.

1885.



Die Grundsätze

über den

Schadensersatz

in den Volksrechten.

Von

Arthur Benno Schmidt,
Dr. iur.

Breslau.
Verlag von Wilhelm Koebner.
1885.

Digitized by Google

Vorbemerkung.

Bei der Vergleichung der Grundsätze der einzelnen Volksrechte über den Schadensersatz sollen die beiden wichtigsten Gesetzgebungen des Mittelalters, die lex Salica und die lex Langobardorum, zu Grunde gelegt werden; bei Anführung von Parallelstellen aus den anderen Gesetzes-Sammlungen wird die Eintheilung der leges in Gruppen nach der von Stobbe (deutsche Rechtsquellen, S. 24) angeführten Ordnung zur Anwendung kommen, da hierdurch die Uebersichtlichkeit der Grundsätze, in denen die verwandten Volksrechte übereinstimmen, wesentlich erleichtert wird und die Eigenthümlichkeiten der einzelnen Gesetzesgruppen in ein helleres Licht gerückt werden.

l. Salica (citirt nach Behrend, die lex emendata nach Hessels und Kern, mit ausdrücklicher Angabe in jedem Falle).

l. Langobardorum (ed. Rothari, leg. a Grimoaldo additae, leg. Liutprandi, Ratchis leg., leg. Ahistulfi nach Monum. B. IV.

I. Fränkische Familie:

[lex Salica].

l. Ribuarica (citirt nach Monum. B. V),

l. Angliorum et Werinorum (nach Monum. in dem angefangenen B. V.

II. Familie:

l. Alamannorum (citirt nach Monum. B. III),

l. Baiuwariorum (citirt nach Monum. B. III).

III. Familie:

l. Saxonum (citirt nach Monum. B. V),

l. Frisionum (citirt nach Monum. B. III).

[edicta Langobardorum].

IV. Familie:

l. Burgundionum (citirt nach Monum. B. III).

Vergleichsweise sind einige Stellen aus der lex Burgundionum Romana sive Papianus beigebracht.

l. Wisigothorum (citirt nach Walter: corpus iuris Germanici, B. I).

Digitized by Google

Ausserdem sind in den Anmerkungen regelmässig die einzelnen Sätze des Sachsenspiegels, welche in die im Folgenden behandelten Rechtsthemata einschlagen, mitbemerkt.

Die einleitenden Bestimmungen über die Entwickelung des germanischen Strafrechts und über die Natur und die allmähliche Verdrängung der Fehde sind ausführlicher behandelt, als nothwendig scheinen könnte; meines Erachtens ist aber zum Verständniss der Grundsätze des Schadensersatzes in den Volksrechten eine eingehende Erörterung des Begriffs und Wesens der Strafen im germanischen Rechte durchaus erforderlich.

Digitized by Google

Inhalt.

Seite

A. Strafe oder Ersatz?
§ 1. Einleitung 1
§ 2. Die Busse 10
§ 3. Wergeld 13
B. Schadensersatz.
§ 4. Im Allgemeinen 16
I. Wann wird für Schadensersatz gehaftet? 19
§ 5. a. Haftung aus Verträgen 21
1. Das Depositum 22
2. Die Leihe 26
3. Das Pfand 27
§ 6. b. Haftung aus Delicten und Quasidelicten 31
1. Verletzungen durch Waffen u. dergl. 32
2. Verwahrlosung des Feuers und Wassers 35
3. Verletzungen durch Gräben, Zäune u. a. m. 36
II. Wer haftet für Schadensersatz? 42
§ 7. Haftung des Herrn für seine Leibeigenen 43
§ 8. Haftung für Thiere 48
§ 9. Ausnahmen 53
III. In welcher Weise findet ein Ersatz statt? 58

Digitized by Google

Literatur.

Monumenta Germaniae, Bd. III und Bd. IV. legum, aus Bd. V: lex Saxonum, lex Angliorum et Werinorum und lex Ribuaria.
lex Salica, Ausgabe von Behrend; 1874.
„ „ Synoptische Ausgabe von Hessels und Kern.
lex Burgundionum, herausgegeben von Binding; 1880.
Walter, Corpus iuris Germanici, 1824.
Stobbe, Deutsches Privatrecht.
Wilda, Strafrecht der Germanen; 1842.
Grimm, Deutsche Rechtsalterthümer; 1828.
Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen; 1860.
Walter, Rechtsgeschichte, 2. Auflage; 1857.
Waitz, Verfassungsgeschichte.
„ Recht der salischen Franken; 1846.
Gaupp, Recht der Thüringer.
„ Recht der Sachsen.
„ lex Francorum et Chamavorum.
Osenbrüggen, Strafrecht der Longobarden.
„ Alamannisches Strafrecht; 1860.
Richthofen, Zur lex Saxonum; 1868.
Felix Dahn, Westgothische Studien; 1874.
Amira, Altnorwegisches Vollstreckungsverfahren; 1874.
„ Nordgermanisches Obligationenrecht.
Siegel, Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens; 1857.
Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechtes; 1855.
Albrecht, Die Gewere.
von Meibom, Deutsches Pfandrecht.
von Wächter, Die Busse bei Beleidigungen und Körperverletzungen.
„ „ Beiträge zur deutschen Geschichte; 1845.
Sperling, Zur Geschichte von Busse und Gewette im Mittelalter; 1874.
Treitschke, de werigeldo (Dissertation; 1813).
Frauenstädt, Blutrache und Todtschlagssühne im deutschen Mittelalter; 1881.
Brunner, Sippe und Wergeld nach niederdeutschem Recht; Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte; Bd. III, 3. Heft.
Jastrow, Zur strafrechtlichen Stellung der Sclaven (Dissertation; 1878).
Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz; 2. Lieferung; 1883.
von Inama-Sternegg, Deutsche Wirthschaftsgeschichte; 1879. Bd. I.
Zeitschrift für deutsches Recht, herausgegeben von Reyscher und Wilda:
Bd. VIII: „Ueber den Umfang der Verantwortlichkeit des Treuhänders u. s. w.“ von Madai; S. 131 ff.
Bd. IX: Die Verantwortlichkeit des Satzungsgläubigers u. s. w. von Förster, S. 101 ff. — Das Verhältnis der älteren deutschen Satzung zum Eigenthume von Budde, S. 411 ff.
Weiske, Abhandlungen aus dem Gebiet des teutschen Rechts; 1830.

Digitized by Google

A. Strafe oder Ersatz?

§ 1. Einleitung.

Es ist erklärlich, dass der Gesetzgeber eines Volkes, welches noch auf den unteren Stufen der Culturentwickelung steht, vor Allem darauf bedacht ist, das äussere Verhältniss der Staatsangehörigen — wenn man sich in jener Zeit bereits dieses Ausdrucks bedienen darf — zu einander zu ordnen, und Normen festzustellen, welche dem Einzelnen die Garantie einer sicheren, durch keine Gewaltthat straflos gestörten Existenz leisten. Dies ist schon deshalb verständlich, weil einmal der Boden geebnet werden muss, wenn sich auf ihm ein gedeihliches Volksleben entwickeln soll, andererseits aber der communistische Zug eines jeden Mittelalters, der sich vor Allem in der Gemeinschaft des Waldes und der Weide, wohl gar in dem Wechsel des bebauten Landes unter den Stammesgenossen ausspricht, die privatrechtlichen Sonderinteressen des Einzelnen noch nicht die Bedeutung erlangen lässt, zu der sie in der Gegenwart gelangt sind. Dazu kommt, dass die immerhin geringe Bevölkerung der auf niedriger Culturstufe befindlichen Staaten dem Einzelnen eine grössere Ausdehnung seines Willens gestattete, ohne dass derselbe damit in Conflict mit dem entgegengesetzten Willen seiner Stammesgenossen gerieth; andererseits aber mag auch, wenn unserer empfindlicheren Rechtsansicht nach eine Rechtsverletzung vorgelegen hätte, im Mittelalter das Rechtsgefühl des Einzelnen auf die minder bedeutenden civilen Eingriffe in seine Rechtssphäre weniger lebhaft reagirt haben, als dies in der Gegenwart der Fall ist. Als letzter Grund für dieses Zurücktreten des Privatrechts ist der Mangel jedes lebhafteren Verkehrs unter den einzelnen Gliedern des Volkes anzuführen, welcher das Fehlen hier einschlagender Normen nicht vermissen liess.

Ebenso erklärlich aber, wie diese Bevorzugung des ius publicum im heutigen Sinne des Wortes, ist wiederum der private Character desselben, welcher sich in den ersten Gesetzgebungen eines solchen im Beginne des Rechtslebens stehenden Volkes wiederspiegelt. Das Verbrechen erscheint weniger als objectiver Rechtsbruch, es ist

Digitized by Google

vielmehr der Gesichtspunkt der privaten Rechtsverletzung, des subjektiven Rechtsbruchs, welchen man in dem Delict betont. Ein Strafrecht mit öffentlichen vom Staate im Interesse der Gesammtheit verhängten und vollstreckten Strafen ist stets ein Zeichen eines festen Staatsorganismus und einer verfeinerten juristischen Auffassung der Natur des Verbrechens und des Wesens der Sühne. Beides aber — die Ausbildung eines festen Staatsgebäudes, wie die Zunahme juristischen Verständnisses im Volke — kann nur auf dem Wege langsamer Entwickelung erfolgen; es bedarf demgemäss unbedingt einer Reihe verbindender Mittelglieder, welche aus dem Zustande völliger Gesetzlosigkeit zu dem des öffentlichen Strafrechts herüberleiten.

So hat das germanische Recht einer mehr als tausendjährigen Entwickelung bedurft, um den Zustand der Privatrache und den der Privatstrafe zu überwinden, und die öffentliche Strafe zum herrschenden Princip auszubilden.[1])

Das Characteristicum der ältesten germanischen Zeit bildet die Identificirung des Verbrechens mit einem Friedbruche, d. h. der Verletzung des die ganze Gemeinde umfassenden Friedens. Wer den Frieden brach, wurde aus der Gemeinde ausgestossen und für einen hostis erklärt; jeder konnte ihn wie einen „wilden Wolf"[2]) busslos tödten, sein Vermögen verfällt, sein Haus wird verbrannt, um anzuzeigen, dass sein Andenken in der Gemeinde getilgt werden solle. Späterhin trat insofern eine Beschränkung bezüglich der Selbstrache ein, als das Recht, den Verbrecher wegen seines Friedbruches zu strafen, lediglich dem Verletzten und seiner Familie zugestanden wurde; überdies werden Verletzung und Vergeltung gegen einander abgewogen, und so ein der altgermanischen Anschauung ursprünglich fremder Gedanke, der der Proportionalität von That und Sühne in die Rache hineingetragen.[3])

---

[1]) vide unten bei Anm. 12—14.

[2]) Die Bezeichnung wargus, deren sich die l. Sal. LV, 2 (ebenso l. Rib. 85, 2) bedient, bedeutet nach dem Zusatze in l. Sal. em. LVII, 5 den „de pago expulsus". Ueber die Uebersetzung des Ausdrucks wargus mit „wilder Wolf" vgl. Grimm, Rechtsalterthümer S. 397 und 733. Gegen Waitz, der auf Grund der von l. Sal. LV, 2 ff. gebrauchten Ausdrucks wargus eine doppelte Gestalt der Friedlosigkeit bei den Saliern annimmt (vide: Recht der salischen Franken, S. 201; und Verfassungsgeschichte, I, S. 398 und 405) vergleiche das von Richthofen lex Saxon. S. 255 in der Anm. 1 Gesagte. — Vgl. auch Amira: Nordgerman. Obligationenrecht, S. 141 ff. — Aehnliches bei anderen rohen Völkern der Gegenwart: vgl. Kohler: Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, 2. Lieferung S. 134 f.

[3]) Wilda: Strafrecht der Germanen S. 158.

Digitized by Google

Gerade diese Beschränkung der Rache aber auf einen bestimmten Personenkreis, und die Begrenzung derselben nach dem Gesichtspunkte der Vergeltung vermittelte den Uebergang zu milderen Anschauungen und erleichterte die Verdrängung jener rohesten Form der Reaction gegen das Verbrechen durch die Auffassung, dass es möglich sei, die Rache des Verletzten durch Erlegung einer Geldsumme abzukaufen, und sich den Frieden durch Bussen wieder zu erwerben.

Naturgemäss galt das anfänglich nur für geringere Friedensbrüche; erst allmählich verstand man sich dazu, auch schwerere Verbrechen abzuschätzen und ihre Sühne durch gesetzlich normirte Bussen zuzulassen. — Dies ist der Standpunkt der Volksrechte.[4])

Aber auch in den Volksrechten ist die Erinnerung an die gesetzlose Vergangenheit noch nicht völlig geschwunden; denn der Verletzte wird nicht ausnahmslos gezwungen, die Hülfe des Staates anzurufen, sondern wählt in einer grossen Reihe von Fällen zwischen Eigenmacht und Busse nach freiem Ermessen. Allerdings wurde durch diese dem Verletzten überlassene Wahl der Hauptzweck, den die Volksrechte verfolgten, und der auf die möglichste Beschränkung der Gewaltthaten der Volksgenossen gegen einander ging, theilweise illusorisch; andererseits aber sind die Gründe, auf denen die Zulassung der Fehde beruhte, unschwer erklärlich.

Wie gross — um dies vorauszuschicken — der Spielraum war, welcher der Eigenmacht zur Zeit der Volksrechte gelassen wurde, ist eine Frage, die zu den bestrittensten auf dem Gebiete des germanischen Strafrechts gehört. Allerdings ist die Zulässigkeit der Fehde gegenüber ihrer Anwendung in altgermanischer Zeit wesentlich eingeengt, zweifellos ist sie aber nicht in dem Maasse zu beschränken, dass Fehde nur dann erlaubt gewesen sei, wenn der Busspflichtige die Busszahlung verweigert hätte.[5])

Abgesehen von den inneren Gründen,[6]) welche gegen diese Ansicht streiten, findet sich auch in den Quellenstellen, welche das Thema der faida berühren, nicht eine einzige Andeutung, die eine

---

[4]) Es ist hervorzuheben, dass bereits in den ältesten germanischen Zeiten Bussen bestanden, obgleich der Begriff des Friedensbruches, besonders im Vergleich mit der Anschauung der Volksrechte, ein sehr weiter war. Bereits Tacitus erwähnt in seiner Germania cap. 12 „leviora delicta, welche equorum pecorumque numero . . . multantur“. Würde jede, auch die geringste Verletzung für einen Friedensbruch gegolten haben, so ist ein irgendwie dauernder Gemeindebestand völlig undenkbar.

[5]) Jarcke: Handbuch des Strafrechts B. I, S. 13 ff.

[6]) vide unten S. 7 ff.

Digitized by Google

derartige Einengung der Fehde berechtigt erscheinen liesse. Es heisst ed. Roth. 75 (ebenso ed. Roth. 138):

„cessante faida eo quod nolendo fecit;“

und ed. Roth. 387:

„et faida non requiratur eo quod nolendo fecit;“[7])

ebenso schliesst die lex Saxonum die Fehde aus, wenn ein ferrum manu elapsum hominem percusserit;[8]) und weiterhin wird die faida mit ausdrücklichen Worten von der lex Saxonum verboten,[9]) wenn die Verletzung durch ein Thier herbeigeführt worden ist. Das ed. Roth. 326 trifft bezüglich der Verletzung durch Thiere dieselbe Bestimmung, indem es als Grund hinzufügt:

„quia muta res fecit, nam non hominis studium“.

Aus keiner dieser Quellenstellen ist ein Argument für die von uns bekämpfte Ansicht herzuleiten; vielmehr folgt aus ihnen nur, dass bei Verletzungen, die durch „Unglück“ herbeigeführt waren, die Erhebung von Fehde als unstatthaft ausgeschlossen wurde. Noch weniger war demgemäss eine solche wegen blosser Civilansprüche erlaubt, so dass sich die faida auf diejenigen Delicte beschränkte, bei denen, wie Wächter sagt, „der Rechtsfriede in Wahrheit gebrochen war,“[10]) — auf die dolosen Verbrechen.[11])

---

[7]) vgl. auch l. Liutpr. 136: et sit causam finita absque omnem faida vel dolus qui nolendum factum est.

[8]) l. Saxon. 59; entsprechend ed. Roth. 389: si quis hominem liberum casum facientem nolendo occiderit, conponat eum, sicut appretiatus fuerit et faida non requiratur eo quod nolendo occciderit. Es muss auffallen, dass in der Bestimmung der der lex Saxon. verwandten Stelle der lex Fris.: additio leg. Fris. III, 69 der Ausschluss der Fehde nicht besonders erwähnt wird. Vgl. l. Angl. et Werin. X, c. 8: Qui nolens, sed casu quolibet hominem vulneraverit vel occiderit, compositionem legitimam solvat. — Wilda, S. 547, 558, 643. Richthofen, l. Saxon., S. 243.

[9]) l. Saxon. 56: Si animal quodlibet damnum cuilibet intulerit, ab eo, cuius esse constituerit, componatur excepta faida. Die Stelle hat den Fall einer Verletzung am Körper und nicht die Fälle einer allgemeinen Vermögensschädigung im Auge. — Richthofen: lex Saxon., S. 241; vgl. auch unten. Anm. 73.

[10]) Beiträge zur deutschen Geschichte, S. 45.

[11]) Die Quellen bedienen sich für „Fehde“ des Ausdrucks faida; es wird jedoch von anderer Seite behauptet, dass faida identisch mit fredum sei, dass also in den bei Anm. 7, 8, 9 angeführten Stellen die Hinzufügung des „cessante faida“ oder ähnliche Ausdrücke den Ausschluss des Friedensgeldes bedeute (so Siegel: Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens, S. 27; vgl. hierzu l. Rib. 70, 1: si quis homo a ligno seu aliquolibet manufactile fuerit, interfectus non solvatur nisi forte si quis auctorem interfectionis in usus proprios adsumpserit tunc absque fredo culpabilis iudicetur). Mir scheint aber diese Auslegung unhaltbar, wenn man die Wortverbindungen betrachtet, in denen faida erwähnt wird; so z. B. ed. Roth. 162: ideo ita previdemus proter faida postponenda, id

Digitized by Google

Ausserdem zeigen — was weiter unten bei der Betrachtung des Wergeldes verwerthet werden soll — die Delicte, bei deren schuldhaften Begehung die Erhebung der Fehde gestattet wird, darin eine Uebereinstimmung, dass sie sich sämmtlich gegen das Leben oder die Körperintegrität einer Person richten. Je empfindlicher ein Delict die Person des hierdurch Betroffenen selbst berührt, um so stärker ist der Trieb einer eigenmächtigen Vergeltung. Desshalb ist es auch erklärlich, dass gerade in diesen Fällen die Zulassung der Fehde gestattet wurde, während sie in keiner der eben citirten Stellen in Zusammenhang mit einem Delicte anderer Art erwähnt wird. Wählte demnach die verletzte Partei den friedlichen Weg des Ausgleichs, so erhielt sie in allen den Fällen, in denen Fehde und compositio electiv concurrirten, das ganze Wergeld oder einen Theil desselben.

Hierbei hat aber nicht, wie besonders früher behauptet wurde, der Verbrecher die Wahl zwischen Fehdegang und Busszahlung, sondern es ist lediglich der Verletzte, dem die Berechtigung zusteht, zu entscheiden, welchen Weg er einschlagen will. Hätte man das Wahlrecht dem Schuldigen gelassen, so wäre die Abfassung einer Rechtsordnung im Grunde genommen überflüssig gewesen, weil man voraussehen musste, dass sich der mächtige Verbrecher im Vertrauen auf seine Kraft nie zur Busszahlung herbeilassen würde.

Auch unterliegt die Erhebung der Fehde nicht der Beschränkung, dass derselben jedesmal ein gerichtlicher Akt hätte vorhergehen müssen, dass also der Verletzte erst nach der Feststellung des Thatbestandes durch den Richter sich entschieden hätte, ob er Busszahlung annehmen, oder Fehde ergreifen wolle; — vielmehr stand die Verfolgung des Verbrechers auf gerichtlichem Wege der Fehde schroff

---

est inimicitia pacificanda (vgl. hierzu l. Liutpr. 37: Hoc autem ideo adfigi precipimus, ne tali causa scandalum oriatur aut anima pereat); in anderen Stellen wird faida direct mit inimicitia identificirt; so ed. Roth. 74: faida quod est inimicitia; übereinstimmend ed. Roth. 334. Ebenso gebraucht die lex Fris. inimicitia für faida, so z. B. in II, 2: sed tantum inimicitias propinquorum hominis occisi patiatur; vgl. II, 3, 5, 6 und 7: sed tantum ut superius faidosus permaneat; — Petitio Frisionum X: omnes Frisiones habent eorum inimicitias sive feithe cum pecunia emendare (Monum. leg. III, S. 659, Anm. 25. — Richthofen: lex Saxon., S. 240 ff. — Alle diese Stellen zeigen uns die ursprüngliche Bedeutung von faida; andererseits ist in einigen Stellen der lex Langob. in Uebereinstimmung mit Osenbrüggen zweifellos ein Uebergang in der Bedeutung des Wortes faida zu erkennen. So z. B. l. Liutpr. 127: ideo faida et anagrip menime componere devit; hier wird unter faida eine Summe verstanden, durch welche die Fehde abgekauft werden konnte. — Vgl. Osenbrüggen: Strafrecht der Langobarden, S. 8 und 9. Wilda, l. c. S. 846.

Digitized by Google

gegenüber. Der Verletzte, welcher die Fehde eröffnete, war allerdings der Gefahr ausgesetzt, wenn es sich herausstellte, dass das Delict, für welches er Genugthuung suchte, kein doloses gewesen war, seinerseits wegen unerlaubter Rechtsverletzung des Gegners zur Rechenschaft gezogen zu werden.

Der Grund dafür, dass man zur Zeit der Volksrechte die Einleitung der staatlichen Strafverfolgung in das Belieben des Verletzten setzte, ja dass man soweit ging, ihm zu gestatten, sich unter Umgehung der staatlichen Rechtshülfe Befriedigung zu verschaffen, liegt einmal, und zwar vor Allem, in der Organisation der Staaten dieser Epoche selbst.

Im Gegensatz zum heutigen Staat zeigen dieselben gewissermassen ein mosaikartiges Gepräge. Der damalige Staat gleicht einer Vereinigung einzelner getrennter, häufig sogar den verschiedensten Stämmen angehöriger Familien, welche vor Allem ein Band, das der gegenseitigen Hülfeleistung und Unterstützung gegen auswärtige Feinde an einander kettet, während im heutigen Staatensysteme der kleine Kreis der Familie weit mehr zurücktritt, wohl gar völlig verschwindet.

So ist es auch erklärlich, dass ein Verbrechen weniger als eine Gefährdung der Rechtssicherheit der Gesammtheit überhaupt betrachtet, und als solche vom Staate gestraft wurde, als dass man vielmehr auf den Einzelnen, den das Verbrechen getroffen hatte, oder den kleineren Personenkreis seiner Familie sah, und so sich der Staat in seiner Mitwirkung nur darauf beschränkte, sich zum Träger der Interessen des Einzelnen zu machen und für ihn die Busse einzufordern.

Aus diesem Hervortreten des einzelnen Gliedes als des durch das Delict Verletzten erklären sich aber auch zwei weitere wichtige Punkte des germanischen Strafrechts: die Natur der Busse einerseits, und der fast gänzliche Mangel öffentlicher Strafen andererseits, womit wiederum die Fortdauer der Fehde in engem Zusammenhang steht.

Was den ersten Punkt, die Natur der Busse, anlangt, so wollen wir vorläufig nur auf die ursprüngliche Bestimmung der Busse als Friedenskauf und auf ihren anfangs völlig rein zum Ausdruck gelangenden doppelten Zweck, den der Strafe für den Schuldigen, und den der Entschädigung für den Verletzten hinweisen. Die näheren Ausführungen hierüber, sowie über die spätere Entwickelung der Busse siehe unten S. 11 ff.

Der zweite Punkt, der auffallende Mangel öffentlicher Strafen in den meisten Volksrechten, findet seinen Grund einmal in der

Digitized by Google

mehrfach erwähnten Auffassung der Natur des Verbrechens überhaupt, ausserdem aber, worauf nicht immer das nöthige Gewicht gelegt wird, in der Scheu, die Ehre des freien Stammesgenossen durch Leibesstrafen zu vernichten. Man wendete im Gegensatz zu den Leibeigenen an einem Freien Leibes- und Lebensstrafen nur in Ausnahmefällen an, da man ihm den Schimpf, welchen eine Berührung durch die Hand der Henkersknechte für immer zurückliess, ersparen wollte.

Allerdings kommen schon in ältester Zeit Strafen an Leib und Leben vor, dieselben bilden aber nur die Ausnahmen und werden nur für bestimmte Verbrechen angewendet. So strafte man z. B. in der taciteischen Zeit proditores und transfugae mit dem Tode[12]) — eine Beschränkung der öffentlichen Strafen, welche der grössere Theil der Volksrechte beibehalten hat;[13]) ein Ueberwiegen der Strafen an Leib und Leben findet sich nur in der lex Saxonum.[14]) Auch die lex Wisigothorum setzt für eine grössere Anzahl von Delicten öffentliche Strafen fest; so III, tit. 2, 2 wegen Mordes, wegen Hochverraths, wegen Ehebruchs einer Freien mit einem Sclaven, wegen Diebstahls (VII, tit. 2, 4 und 5), bei Heeresflucht des Centenars (libr. IX, tit. 2, 3), Brandstiftung (libr. VIII, tit. 2, 1) u. a. m.; immerhin aber begegnen wir auch in dieser lex öfter Vermögensstrafen, als Strafen an Leib und Leben.[15])

So lange aber ein Verbrechen nur mit Vermögensstrafen gesühnt wurde, so lange war auch die gänzliche Beseitigung der Fehde undurchführbar.

Entsprechend den Begriffen von Austand und Ehre, welche in germanischer Zeit bei Weitem anderer Art waren, als in der Gegen-

---

[12]) cfr. Tacitus: Germania, cap. 12: proditores et transfugas arboribus suspendunt.

[13]) Bei den Franken waren körperliche Strafen an einem Freien völlig unzulässig. — Betreffs des vermögenslosen Freien vide Anm. 24, 2. Auch da, wo die lex Salica Todesstrafe verhängte, war Loskauf mit dem Wergelde möglich. Vgl. l. Sal. L, 5 LI, 2 und Waitz: Recht der salischen Franken, S. 200 f.

In Uebereinstimmung mit der lex Salica findet sich die körperliche Züchtigung freier Menschen im ed. Roth. nicht; Todesstrafe wird hauptsächlich bei politischen Verbrechen gedroht: animae suae incurrat periculum; vgl. ed. Roth. 1, 3, 4, 6, 7 u. s. w.; häufig wird Todesstrafe alternativ mit einer Vermögensstrafe von 900 Solidi gedroht; so in ed. Roth. 5, 19, 249, 279; ed. Roth. 268 enthält den Zusatz aut componat wergild suo. — Osenbrüggen, l. c. S. 28.

[14]) Meist sind es in summarischer Weise Todesstrafen; so für Mord, Ehebruch, Kirchendiebstahl, Einbruch in eine Kirche, wissentlichen Meineid u. s. w. — Richthofen: lex Saxon., S. 218 ff.

[15]) Dahn: Westgothische Studien, S. 206.

Digitized by Google

wart, galt die Annahme von Geld zum Zwecke der Sühne für weniger ehrenhaft als die eigene Rache des Verletzten;[16]) ein Recht also, welches die Geltendmachung der Eigenmacht völlig verbot, war eine Unmöglichkeit, da es den Sitten und Anschauungen des Volkes widersprochen hätte.

Der Gesetzgeber war einmal nur im Stande, die Fehde auf bestimmte, und zwar auf die dolosen Delicte zu beschränken, denn es lag jedenfalls im Interesse und Wunsche aller Gutdenkenden im Volke, nicht wegen jedes geringen Anspruchs eines Anderen Gewaltthaten fürchten zu müssen; auf das übertriebene Zartgefühl Einzelner aber, denen auch in anderen Fällen die Busse nicht die Genugthuung verschaffte, welche sie beanspruchen zu können meinten, durfte nicht Rücksicht genommen werden. Weiterhin konnte der Gesetzgeber Anordnungen treffen, welche die Ausübung der Fehde selbst regelten. Hierher gehören z. B. lex Saxonum c. 27:

„Qui hominem propter faidam in propria domo occiderit, capite puniatur;“[17])

ferner aus der lex Frisionum die additio sapientum I, 1 de pacefaidosi, wo neben dem Hausfrieden auch der Frieden während des Ganges zur Kirche und während der Heimkehr von der Gerichtsstätte erwähnt wird.[18])

Mit der Ausbildung öffentlicher Strafen trat die Fehde mehr und mehr in den Hintergrund. Der Staat musste sich ihr gegenüber nothgedrungen um so ablehnender verhalten, je mehr er bemüht war, das Princip der Ausschliesslichkeit der Strafrechtspflege zur Geltung zu bringen. Ausserdem aber fiel mit der öffentlichen Strafe der Gedanke der Genugthuung für den Verletzten weg, da man in dem Verbrechen eine Gefährdung der Rechtssicherheit der Gesammtheit erblickte. Wie langsam sich aber dieser Process der

---

[16]) Frauenstädt: Blutrache und Todtschlagssühne, S. 3.
Dahn: Fehdegang und Rechtsgang bei den Germanen.
Wilda, S. 170 ff.

[17]) Richthofen: lex Saxonum, S. 251.

[18]) add. sapient. I, 1: homo faidosus pacem habeat in ecclesia, in domo sua, ad ecclesiam eundo, de placito redeundo etc. — vgl. hierzu Decretum Chlotacharii regis c. 6 in Monum. Germ. LL B. I, p. 12 und Capitulare ad legem Salicam a. 803, c. 3, l. c. B. I, S. 113. — Wilda, S. 250 ff. —

Ausserdem ist hier auf die Bemühungen der langobardischen Könige hinzuweisen, wodurch dieselben eine Abnahme der Fehde zu erzielen suchten; so ed. Roth. 74: ideo maiorem compositionem posuimus quam antiqui nostri, ut faida, quod est inimicitia, post accepta suprascripta conpositione postponatur . . .; und l. Liutpr. 135: propterea melius est, ut se vivo conponat wirigild suum, quam de mortuo crescat faida inter parentis, et conpositio maior. vgl. l. Liutpr. 119.

Digitized by Google

Zurückdrängung der Fehde vollzog, können wir aus der lex Saxonum entnehmen, wo uns die faida trotz des Ueberwiegens von Todes- und Leibesstrafen in zahlreichen Gesetzesstellen entgegentritt.

Der bereits erwähnte Mischcharacter der in den Volksrechten verhängten Strafen, wonach dieselben nach beiden Seiten hin — strafend nach der des Verbrechers, Genugthuung schaffend nach der des Verletzten — wirken sollten, lässt es schwer erscheinen, eine strenge Sonderung zwischen den Strafen und den lediglich civilrechtlichen Ersatzverpflichtungen vorzunehmen.

Es hat bisweilen den Anschein, als ob die Verfasser der Volksrechte selbst sich diese Frage nicht überall mit voller Klarheit vor die Augen geführt hätten und sich nicht des leitenden Princips bei der Aufstellung der diesbezüglichen Bestimmungen bewusst geworden wären, — wenigstens begegnen wir nicht selten der Festsetzung von Bussen für Handlungen, welche nach unserer Auffassung lediglich die Verletzung eines rein privatrechtlichen Verhältnisses bedeuten. So wird z. B. derjenige, der eine geliehene Sache über die verabredete Zeit hinaus behält, gestraft, ebenso derjenige:

qui alteri fidem fecerit et noluerit ei fidem factam solvere.[19])

Dass aber Busse und Schadensersatz von den Volksrechten als zwei verschiedene Begriffe behandelt werden, ergiebt sich deutlich aus der Verbindung beider Bezeichnungen in ein und derselben Bestimmung.

Sobald nämlich ein Verbrechen nicht nur die ideellen Güter einer Person verletzt, sondern auch gegen die materiellen Güter derselben gerichtet ist, so setzen sich die in den Volksrechten verhängten Strafen aus einzelnen Bestandtheilen zusammen, deren jeder einen von den übrigen verschiedenen Character trägt, und als der Ausdruck eines selbständigen in die Strafe implicirten Gedankens erscheint. So zerfällt z. B. die Strafe des Diebstahls nach fränkischem Rechte in Busse (faidus oder faida), Friedensgeld (fretus), Schadensersatz und delatura.[20]) Die beiden ersten Bestandtheile vertreten

---

[19]) Vgl. l. Sal. LII de rem pristitam und l. LII: Si quis rem suam alii praestiterit [et placitum indixerit] quod si super placitum rem prestitam retenere praesumpserit ter solidos multetur. — l. Sal. L. de fides factas: . . . solidos XV super debitum, quod fidem fecerit, culpabilis iudicetur. Wilda, S. 198. R. Löning, der Vertragsbruch im deutschen Recht; Strassb. 1876, S. 3 ff.

Wir können uns diese Stelle nur so erklären, dass wir annehmen, die lex Salica habe in dem Treubruch, der beide Male in der Handlung des Schuldners liegt, nicht nur eine Verletzung des Contractes, sondern ein strafbares Unrecht gesehen.

[20]) Vgl. Waitz: Recht der salischen Franken, S. 195.

in der Gesammtsumme das strafrechtliche Element, während die beiden letzteren den civilrechtlichen[21]) Anspruch des Verletzten repräsentiren.[22])

Zur Begründung dieser Ansicht bedarf es eines näheren Eingehens auf die Busse, womit wir uns zugleich nach Eliminirung aller überflüssigen Bestandtheile die Möglichkeit einer Definition des Schadensersatzes verschaffen.

§ 2. Die Busse.

Wie schon oben hervorgehoben wurde, sollte die Busszahlung die Friedlosigkeit, in welche der Verbrecher fallen, und in welcher er der Rache des Verletzten preisgegeben sein würde, abwenden. Die Rache, welche der durch das Delict Getroffene nimmt, ist die Strafe des Schuldigen, die Ablösung der Rache aber durch Busse, die Möglichkeit eines Rückkaufs des in gewissem Umfange verletzten Friedens durch eine der Verletzung entsprechende gesetzlich fixirte Summe drückt der Busse selbst den Stempel der Strafe auf: der Staat setzt an Stelle der aus der Friedlosigkeit entstehenden Strafen, deren Vollstrecker der Verletzte selbst ist, eine Strafe, deren Eintreibung der Staat bewirkt. Das Characteristische dieser germanischen Busse ist nur, dass sie als Strafe sowohl der Gesammtheit, als auch dem Verletzten gegenüber — das Letztere in überwiegendem Maasse — erscheint.[23])

---

[21]) Es ist dies die von Waitz, l. c., S. 198 angeführte Ansicht, welche auch Ducange, Eichhorn und andere Gelehrte vertreten, der zufolge dilatura die Entschädigung für die Entbehrung der gestohlenen und vernichteten Sachen bedeutet.

[22]) Diese bestimmte Trennung der einzelnen Strafbestandtheile findet sich nur in der lex Salica durchgeführt. Obgleich sich auch andere Volksrechte häufig einer ähnlichen Ausdrucksweise bedienen, so ist doch im Allgemeinen ihre Sprache in diesem Punkte weniger präcis, als die des salischen Gesetzbuches. Was die auf den ersten Blick überraschende Erscheinung anlangt, dass in manchen codices der lex Salica trotz der Gleichheit des Delictes die ausdrückliche Hinzufügung des „extra capitale et delatura" fehlt, so ist dies wohl nur darauf zurückzuführen, dass der Schreiber des betreffenden codex diese Ergänzung für selbstverständlich hielt, denn es weisst keine Bemerkung darauf hin, dass diese Auslassung aus bestimmten Gründen geschehen sei. Die lex emendata verfährt bei der Hinzufügung des „extra capitale et delatura" mit peinlicher Genauigkeit, ebenso codex 10 (bei Hessels und Kern), mit welchem die lex emendata überhaupt die grösste Aehnlichkeit hat. Häufiger, als in den älteren codices, findet sich der genannte Zusatz in cod. 7, 8, 9 der lex Sal. (Hessels und Kern).

[23]) Während die Busse im engeren Sinne an den Verletzten fiel, erhielt der König (in seiner Stellvertretung der Graf) für den Friedensbruch das

Digitized by Google

So aufgefasst kann die Busse auch ein Vorläufer der öffentlichen Strafen genannt werden, weil zuerst in der Busse ein wirkliches Strafmaass festgesetzt wurde, und sich der Staat, wenn auch in der Hauptsache nur als strafausübendes Organ an der Bestrafung des Verbrechers betheiligte. Dafür, dass die Volksrechte selbst in der Busse eine Strafe sehen, ist vielleicht der schlagendste Beweis die Thatsache, dass die Gesetzbücher auch dann Bussen verhängten, wenn eine ausschliesslich öffentliche Pflicht, wie z. B. die Pflicht des Erscheinens vor Gericht oder Demähnliches, vernachlässigt wurde. In diesen Fällen tritt der Ersatzcharacter der Busse, der bei der Betrachtung derselben vielfach in den Vordergrund gestellt wird, völlig zurück.

Weiterhin ist für die Strafnatur der Busse die Theilung der gesammten von dem Schuldigen zu zahlenden Summe in Busse, fredum, delatura, capitale anzuführen (vgl. oben).

Die Busse ist aber nicht nur darum eine Strafe, weil sie an die Stelle der aus der Friedlosigkeit erwachsenden Folgen getreten ist, sondern auch deshalb, weil sie dem Verbrecher ein Uebel zufügt.[24]) Ueberdies sollte der Wechsel in der Höhe der Strafsumme

fredum, nach salischem Rechte $^1/_3$ der Composition (L, 4). Es drückt sich in diesem Friedensgeld insofern ein strafrechtlich fortgeschrittener Gedanke aus, als mit seiner Zahlung eine Sühne gegenüber dem Staate, der seinen Repräsentanten im Könige findet, bezweckt wird, — das Friedensgeld ist öffentliche Strafe. Interessant ist es, die Fortbildung des Friedensgeldes im langobardischen Rechte zu beobachten. Es ist im langobardischen Rechte nicht mehr der alte germanische Frieden, als dessen Verletzung das Verbrechen erscheint; vielmehr tritt in ihm bereits der Gedanke hervor, dass das Delict einen Bruch der gemeinen Rechtsordnung bedeutet; dementsprechend ist der in den älteren Quellen gebrauchte Ausdruck fredus durch spezifische juristische Bezeichnungen verdrängt worden; so begegnen wir als Grund der Zahlung an den König „insuper pro culpa solidos LX medietatem regi et medietatem, cuius ancilla fuerit" (ed. Roth. 376; vgl. Grimow. 7 und l. Liutpr. 43) oder auch pro praesumptione, welches der lex Baiuw. IX, 4 de furto entspricht: in publico vero 40 solidos solvat propter praesumptionem, quam fecit. — Osenbrüggen: Langobardisches Strafrecht, S. 26. Wilda, l. c., S. 455.

[24]) Die Verurtheilung zur Erlegung einer Geldsumme war für den Schuldigen eine Strafe, denn nahm man ihm einen Theil seines Vermögens, so veränderte sich damit seine ganze Stellung unter den Stammesgenossen: wurde er durch die auferlegte Busse zum armen Mann, so verlor er den Einfluss und das Ansehen, welches er bisher besessen, oder sah sich wohl gar gezwungen, die Hülfe eines fremden Herrn anzurufen, und sich unter fremde Botmässigkeit zu begeben. —

In welcher Art wir uns die Eintreibung der verhängten Summen durch den Staat zu denken haben, ist zweifelhaft. Durch ein schweres Verbrechen konnte ein wohlhabender Mann an den Bettelstab kommen; denn häufig [wie

Digitized by Google

je nach der verschiedenen Intensität des verbrecherischen Willens oder nach dem Umfange der zugefügten Verletzung dem Verbrecher die Einsicht und das Verständniss für sein Unrecht eröffnen.

Von der anderen Seite betrachtet, hat der durch die Zahlung der Bussumme bewirkte Friedenskauf, der anfänglich nur in der Form eines aussergerichtlichen Rechtsgeschäftes stattfand, zugleich den Character der Entschädigung. Man suchte den Verletzten zur Beilegung der Rache dadurch zu bewegen, dass man ihn für das geschädigte Gut ein anderes möglichst gleichwerthiges anbot, um eine Ausgleichung des Verlustes herbeizuführen. Dies hat sich aber zur Zeit der Volksrechte in der Weise verändert, dass in einer grossen Reihe von Fällen der Gedanke eines Friedenskaufes vollständig in den Hintergrund trat, da bei denselben die Erhebung der Fehde ausgeschlossen war. Diese Bussen fliessen mit den ältesten germanischen gerichtlichen Bussen, welche schon zur taciteischen Zeit bestanden,[25]) zusammen, und erweitern den Kreis derselben beträchtlich.

Mit dem Verschwinden des Gedankens des Friedenkaufes aber geht auch der in der Busse neben ihrer Strafnatur bisher bestehende Ersatzcharacter verloren — es werden diese Bussen reine Privatstrafen.

Anders ist es in den Fällen, in denen noch die Erhebung von Fehde möglich war; hier hat die Busszahlung ihre ursprüngliche Natur, die der Strafe und des Ersatzes, bewahrt.

Es wurde schon oben darauf hingedeutet, dass dies zur Zeit der Volksrechte ausschliesslich diejenigen Fälle seien, in denen einmal dolus vorlag, und in denen es sich andererseits, wenn der Verletzte den Weg des Vergleichs wählte, um Zahlung des Wergeldes

z. B. beim Wergeld des Antrustionen im salischen Rechte (= 600 Solidi) oder beim Wergeld eines mannbaren Mädchens im thüringischen Rechte (= 600 S.) und anderen Fällen] mochte die Strafsumme den Werth des ganzen Vermögens des Verbrechers repräsentiren. „Wer arm war, — sagt Waitz: Recht der salischen Franken, S. 196 — hatte sich vor Frevel zu hüten. Wiederholte Verurtheilungen wäre auch der Reichste zu ertragen nicht im Stande gewesen." War der vermögenslose freie Stammesgenosse (homo minor) nicht im Stande, die Busse zu bezahlen, so wurde er körperlich gezüchtigt; bisweilen verurtheilte man ihn, wie die Leibeigenen, in Voraussicht seiner Zahlungsunfähigkeit, ohne auf seine Freiheit Rücksicht zu nehmen, sogleich zu öffentlichen Strafen; vgl. Childeberti II Decr. a. 596 (Pertz, S. 10) c. 8: ita, ut, si Francus fuerit, ad nostra praesentia dirigatur, et si debilioris persona fuerit, in loco pendatur. — l. Baiuw. II, 4 Abs. 2; l. Baiuw. VII, 3: Si minores persona sunt — careant libertatem, servis fiscalibus adgregantur. — l. Wisig. lib. VIII, tit. III, 14: Si certe humilioris loci persona fuerit, et non habuerit, unde componat L flagella suscipiat etc.

[25]) vgl. oben Anm. 4.

Digitized by Google

oder einer Quote desselben handelte. Wir gelangen auf Grund dieser Erwägungen dazu, einen Unterschied zwischen der Busse im engeren Sinne und dem Wergeld (einschliesslich der Bussen für Körperverletzung) in den Volksrechten festzustellen: erstere ist wesentlich nur Privatstrafe, letzteres Strafe und Ersatz.[26])

§ 3. Wergeld.

Wie sehr die Gesetzgeber selbst zur Zeit der Volksrechte über die Bedeutung und das Wesen des Wergeldes in ihrer Ansicht schwankten, geht besonders aus Einem hervor:

Man sah zur Zeit der Herrschaft des Racheprincips nicht darauf, ob die That durch Schuld oder Unglück erfolgt war, sondern man zog lediglich die Thatsache der Verletzung fremder Rechtsgüter in Betracht, ohne die subjective Thatseite irgendwie zu berücksichtigen. So finden wir auch in den Volksrechten die Zahlung des ganzen Wergeldes oder die Erlegung von Theilen desselben in Fällen verfügt, in denen der verbrecherische Wille vollständig fehlt. Es ist m. E. am richtigsten, diese Fälle als Reste des ursprünglichen Systems der ausgedehntesten Rache zu bezeichnen. Man hatte sich daran gewöhnt, bei der Tödtung eines Verwandten oder der Verletzung eines eigenen Körpergliedes entweder die That an dem, der, wenn auch nur indirect, die Veranlassung des erlittenen Schadens gewesen war, zu rächen, oder Geld zur Befriedigung zu empfangen.[27])

Wollte also der Gesetzgeber die Fehde bei Handlungen, die „nolendo" d. h. unabsichtlich geschehen waren, ausschliessen, so musste er der Volksauffassung wenigstens dadurch gerecht werden, dass er nicht beide Möglichkeiten, sich Genugthuung zu verschaffen, beseitigte, sondern eine bestehen liess — die Erstattung des Wergeldes. Diese Zahlung kann aber, wenn wir den Volksrechten nicht

[26]) Wilda schreibt in seinem „Strafrecht der Germanen, S. 340, die Schuld dafür, dass die Verschiedenheit zwischen „Busse" und „Wergeld" so vielfach übersehen wurde, der lateinischen Abfassung der Volksrechte zu.

Ueber das Wergeld zur taciteischen Zeit vide Tacitus: Germania, cap. 21: nec inplacabiles (sc. inimicitiae) durant: luitur enim etiam homicidium certo armentorum ac pecorum numero recipitque satisfactionem universa domus etc.

[27]) Sehr bezeichnend für die germanische Auffassung ist eine Stelle Sunesen V, 25: Si quis non voluntarie, sed casualiter cuiquam vulnus inflixerit, non idcirco minus integram vulneris recipiet emendationem, cuius dolorem lenire non novit casus potius quam propositum infligendi. Nec ipsum multum interest et casu potius quam proposito laesum esse.

Digitized by Google

den Vorwurf machen wollen, dass sie den schuldlosen Thäter mit einer Strafe belegten, nur als Ersatz, nicht als Strafe aufgefasst werden. Sobald wir in der Auszahlung des Wergeldes an den „nolendo“ Verletzten, den letzteren Gesichtspunkt betonen, so fügen sich diese Fälle in das allgemeine germanische Ersatzsystem ohne Schwierigkeit ein. Es mag sogar neben den Rechten des Abkaufs der Sache die allgemeine germanische Ersatzpflicht wesentlich dazu beigetragen haben, die Zahlung des Wergeldes in diesen Fällen als vollkommen berechtigt erscheinen zu lassen.[28]) Ausserdem war, wie ich meine, der Uebergang des Wergeldes zum reinen Ersatz bei Mangel einer „Schuld“ auch desshalb nicht sehr schwer, weil die bei einer Tödtung zu zahlende Summe von jeher den Character eines Ersatzes in höherem Maasse in sich barg, als die sonstigen zum Zwecke des Friedenskaufs erstatteten Bussen.[29]) Es erschien beim Wergeld nicht nur das unsichtbare Gut des Rechtsfriedens als Object der vom Schuldigen gezahlten Summe, sondern es lag etwas Körperliches, Greifbares — der Erschlagene selbst — vor. Diesen Verlust, welchen die Familie durch den Tod eines ihrer Mitglieder erlitten hatte, meinte man ersetzen, und dadurch die Einbusse an äusserer Macht, welche dieselbe erlitten hatte, ausgleichen zu müssen.[30])

Auffallen kann es nur, dass die bei doloser That zu zahlenden Summen die gleiche Höhe haben, wie die Summen, welche für eine nolendo geschehene That erlegt werden mussten.

Es mag dies einmal aus dem ursprünglich mit dem Wergeld verbundenen Gedanken des Abkaufs der Rache zu erklären sein, weiterhin bildete das bei Mord neben dem Wergeld zu erlegende

---

[28]) vide unten bei Anm. 45.

Bei den nolendo zugefügten Schaden an Feldern, Vieh u. s w. ist nur capitale, nie Busse zu leisten.

[29]) Wilda, l. c. S. 551.

[30]) Was hier mit Bezug auf die Zahlungspflicht des ganzen Wergeldes gesagt ist, gilt auch für die Fälle, in denen, wie z. B. bei der Körperverletzung, nur eine Quote desselben gezahlt wurde. Auch hier ist also bei „Schuld“ des Thäters Strafe und Ersatz, und im Falle des Unglücks blosser Ersatz anzunehmen. Dass übrigens in der für die Körperverletzung gezahlten Wergeldsquote nicht die durch die Krankheit unmittelbar entstandenen Kosten als vergütet gedacht wurden, können wir aus lex Salica XVII, 4 ersehen, wo neben der Wundbusse von XXX Solidi noch erwähnt wird: „praeter medicatura solidos V“. (in der l. Sal. em. [XIX, 5] findet sich diese Bemerkung nicht mehr). Denselben Ausdruck enthält bei Behrend l. Sal. Zusatz 1 zu XVII, 4: Si vero plaga ipsa semper currit et ad sanitatem non pervenerit Malb. freobleto, solidos LXII et semissem culpabilis iudicetur et in medicaturas solidos VIII.

Digitized by Google

fredus äusserlich einen Unterschied, endlich wird aber hierzu mitgewirkt haben, dass die als Wergeld zu zahlenden Summen für die Glieder der verschiedenen Volksklassen fest fixirt waren, so dass sich der Gesetzgeber — um die in dem Gesetz verhängten Beträge für die Auffassung des Volkes nicht die Natur des Wergeldes verlieren zu lassen — genöthigt sah, die altgewohnten Summen auch in den Fällen, in denen nur „Unglück“ vorlag, beizubehalten.

Jedenfalls ist es ein Fortschritt, wenn l. Fris. additio leg. III, 69 bestimmt:

Si homo quislibet telum manu tenet et ipsum casu quolibet inciderit super alium extra voluntatem eius, qui illud manu tenet in simplo iuxta qualitatem vulneris conponat.[31])

Die mulcta simplex, welche hier erwähnt wird, war der dritte Theil derjenigen Summe, welche auf das Verbrechen fiel, wenn der Thäter dolo malo gehandelt hatte.[32]) Auch darin ist eine Milderung gegenüber dem früheren strengen Recht zu erkennen, wenn die lex Sal. XXXVI und mit ihr übereinstimmend die lex Rib. XLVI festsetzte, dass, wenn ein Mensch von einem Hausthiere getödtet worden wäre:

medietatem compositionis dominus ipsius quadrupedis cogatur exsolvere; ipse vero quadrupedem pro alia medietatem requirentem restituat.[33])

Es sind dies jedoch nur immer einzelne Zeugnisse einer milderen Strömung, während sich wieder in einer ganzen Reihe von Volksrechten das altgermanische Princip erhalten hat; so vor Allem in der lex Langobardorum, wo ed. Roth. 387 bestimmt, dass wer einen freien Menschen „casum facientem nolendo occiderit“ ihn vergelte „sicut adpretiatus fuerit“.[34]) In demselben Sinne entscheidet

---

[31]) Vergl. auch l. Saxon., l. c., 68.

[32]) Ueber die lex Wisig. und die lex Burgund. vgl. unten bei Anm. 76 ff.

[33]) Während das Wergeld des Freien bei den Franken 200 Solidi, das des Antrustionen sogar 600 Solidi betrug, erreichte der Werth eines Hausthieres, auch wenn es noch so hoch geschätzt wurde, niemals von fern die Hälfte dieser Summe. Vgl. v. Inama-Sternegg, Deutsche Wirthschaftsgeschichte, Leipz. 1879, Bd. I, S. 512: „Die Viehwerthe der Volksrechte“.

[34]) Vergl. hierzu ed. Roth. 138, 144. — ed. Roth. 325 und oben S. 5 ff., unten bei Anm. 76 und Anm. 77. Dass l. Liutpr. 136 die Summe herabgesetzt, beruht auf dem in der Stelle angegebenen Grunde: quia non fuit (sc. occisus) animal, sed sensum rationabilem habuit, sicut homo debuit habere, prospicere debuit in qualem locum se ponere ad standum, aut qualem pondus super se habebat.

Digitized by Google

lex Saxonum in cap. 59 und 56,[35]) und l. Angl. et Werin. X, cap. 8.[36])

Wenn wir aus diesen eben angestellten Betrachtungen mit kurzen Worten das Resultat ziehen, so ergiebt sich in den altgermanischen Zeiten — abgesehen von den für delicta leviora bestehenden gerichtlichen Bussen — eine grosse Kategorie aussergerichtlicher Bussen, unter welche sowohl das Wergeld als auch die anderweitigen für Friedensbrüche gezahlten Summen fielen. Letztere werden im Laufe der Entwickelung zu reinen Privatstrafen, während sich das Wergeld seinen ursprünglichen Doppelcharacter — den der Strafe und des Ersatzes — bewahrte, und sogar in den Fällen, in denen die That durch Unglück erfolgte, seine Strafnatur vollständig abstreifte, und zum reinen Ersatze wurde.[37])

B. Schadenersatz.

§ 4. Im Allgemeinen.

So müssen wir im Folgenden unter dem Begriffe des Schadensersatzes Alles das behandeln, was im Gegensatz zur Strafe nur einen Ausgleich des dem Kläger zugefügten Verlustes an äusseren Gütern bezweckt — sei es, dass ein solcher Verlust in der Entwendung oder Beschädigung von Vermögensstücken, wie Sclaven, Vieh oder dergl. besteht, oder sei es, dass der Schaden in einer Verletzung der Körperintegrität eines freien Menschen, oder in der Minderung der Macht der Familie begründet ist.

Sobald der erstgenannte Fall — ein Verlust an Vermögensstücken im engeren Sinne — vorliegt, so tritt in der lex Salica zur

---

[35]) Vgl. oben Anm. 8 und 9.

Vgl. Sachsenspiegel II. 40: Wenn Jemand durch ein Thier getödtet wird, so muss der Eigenthümer das volle Wergeld erlegen, ausser, wenn er völlig auf das Thier verzichtet; „so underwindez sich iene vor sinen schaden“.

[36]) vide oben Anm. 8 a. E.

[37]) Ueber das Verhältniss von Wergeld und Busse im Sachsenspiegel vgl. Wilda, l. c., S. 340, und Weiske: Abhandlungen aus dem Gebiete des teutschen Rechts, S. 83 ff. Sperling: Zur Geschichte von Busse und Gewette im Mittelalter, S. 21. — Wie sehr sich im Sachsenspiegel der Begriff des Wergeldes verflacht hat, ersehen wir z. B. aus Sachsenspiegel III. 51: „nu vernemet umme vogele und tiere weregelt“. Vgl. III, 48 § 2. —

Wenn bereits in der lex Fris. IX, 17 der Ausdruck pro weregildo servi“ gebraucht wird, so soll dies heissen „statt eines Wergeldes“; es entspricht diese Bezeichnung in IX, 17 dem von III, 7 gebrauchten: nisi dominus eius quatuor solidis corium eius redimere voluerit.

Digitized by Google

Bezeichnung des Werthes, den ein Gegenstand im Verkehr besitzt, der Ausdruck „capitale" auf. Von caput hergenommen scheint diese Bezeichnung ihrer ursprünglichen Bedeutung entsprechend anfänglich nur bei dem Ersatze für geraubte Frauen, mancipia oder pecora angewendet, später aber auch auf leblose Gegenstände wie Feldfrüchte, Hausrath und dergl. ausgedehnt worden zu sein.[38]) Die lex Salica ist jedoch die einzige mittelalterliche Gesetzgebung, welche den gegenwärtig als terminus technicus gebrauchten Ausdruck „capitale" consequent beibehält; nur an wenigen Stellen vertauscht sie die gewohnte Bezeichnung mit dem gleichbedeutenden „in caput (capite) reddere".[39]) Die späteren Volksrechte umschreiben den Begriff der Ersatzverpflichtung mit den verschiedensten Formeln, so finden wir in der lex Langobardorum „mancipium restituere"[40]) oder bei anderen Gelegenheiten „damnum componere".[41]) In der lex Ribuarica erscheint wieder in Folge der innigen Verwandtschaft zwischen dem ripuarischen Recht und der lex Salica häufiger die fränkische Bezeichnung „capitale et delaturam restituere",[42]) selten nur „aliud tantum restituere".[43]) Alle anderen leges enthalten mit geringen Abweichungen dieselben Ausdrücke; sehr häufig begnügen sie sich mit dem einfachen „componere", ohne eine weitere Erklärung hinzuzufügen.[44])

---

[38]) Vgl. Grimm: Rechtsalterthümer, S. 655.

[39]) l. Sal. XXVII, 4: Si vero cavalli ipsi perierint ipsos in capite restituat; LXI, 1: Si quis cavallum alicuius extra consilium domini sui decotaverit . . . cavallum in capite reddat.

[40]) Ed. Roth. 270: restituat ipsum mancipium et alium similem sub aestimationem pretii componat. vgl. 271. 272.

[41]) Vgl. z. B. ed. Roth. 325. 326. 327; ebenso pretium mancipii reddere, pretium componere etc.

[42]) L. Rib. XVIII, 1. LXXIX; ähnlich LXXII, 1. 2. 3. 8. LXXXV, 1 und 2. LXXXVI, 2: cum capitale et delatura multetur.

[43]) Z. B. l. Rib. XLV: vel quicquid ei damnum accesserit, alium tantum restituat. Aehnlich l. Alam. 89, 2: damnum restituere similem; und l. Angl. et Werin. 59. 60. 61: damnum emendare.

[44]) Die l. Wisig. gebraucht componere in sehr verschiedener Bedeutung. Der Grundbegriff dieses Ausdrucks ist das Erlegen einer Geldbusse für eine Verletzung oder dergl.; so l. Wisig., lib. VI, tit. 5, 12: In anderem Sinne wird componere als identisch mit pretium reddere behandelt; so z. B. lib. VIII, tit. II, 1: Qui alienae domui in civitate ignem supposuerit, correptus a iudice ignibus deputetur, et de bonis eius domino domus, si tamen aliquid pertulerit, componatur ac pretium reddatur domus incensae. Der Schuldige wird hier mit dem Feuertode bestraft; es handelt sich aber noch daneben um den Ersatz des durch den Brand angerichteten Schadens; componere muss demnach hier

Digitized by Google

Es empfiehlt sich, bei der Darstellung der Grundsätze über den Schadensersatz zur Erleichterung der Uebersicht, den Stoff in verschiedene Theile in der Gestalt von Fragen zu zerlegen, bei deren Beantwortung eine systematische Vertheilung des gesammten Materials eingehalten werden kann. Als Hauptfragen würden sich darnach ergeben:

I. *Wann wird* für Schadensersatz gehaftet?
Haftpflicht bei dolus, culpa und casus.

II. *Wer haftet* für Schadensersatz?
Ersatz durch den Thäter; Haftung für die That eines Dritten (besonders Ersatzverbindlichkeit des Herrn für den durch seine Leibeigenen angerichteten Schaden) und für die durch seine Thiere herbeigeführte Beschädigung fremden Vermögens.

III. *In welcher Weise* findet Ersatz statt?

---

als gleichbedeutend mit pretium reddere gefasst werden, sodass ac nur identische Ausdrücke verbindet. Aehnliche Anwendung an mehreren anderen Stellen (vgl. Dahn, a. a. O. pg. 178). Neben componere begegnen wir auch der Bezeichnung satisfactio, und zwar entweder in der Bedeutung des blossen Ersatzes: et pro damno satisfaciat (lib. VIII, tit. 3, 6), oder satisfactio umfasst beides, Strafe und Ersatz: ad omnem satisfactionem et poenae et damni teneatur obnoxius (lib. VI, tit. IV, 2). — Vgl. zu allen diesen Anmerkungen unten sub III.

Digitized by Google

I.

Wann wird für Schadensersatz gehaftet?

Während das römische Recht nach gesetzlicher Regel den Thäter nur dann zur Haftung und zum Ersatze verpflichtete, wenn er nachweislich dolo malo gehandelt, oder durch culpa die Beschädigung fremden Gutes herbeigeführt hatte, erweitert sich im alten deutschen Rechte dieser Kreis durch die Bestimmung, dass in jedem Falle der zugefügte Verlust ersetzt werden sollte, auch wenn der Beschädiger von dem Vorwurfe einer Schuld an der entstandenen Eigenthumsverletzung freizusprechen sein würde.

Es ist diese germanische, von den Volksrechten mit geringen Ausnahmen vertretene Auffassung die natürlichere, ungekünsteltere. Das Anstandsgefühl, jener das alte deutsche Recht so vielfach beeinflussende Factor, gebietet auch den Vermögensnachtheil, den man, wenn auch nur indirect, herbeigeführt oder entfernt ermöglicht hat, auszugleichen[45]), ein Princip, welches von dem strenger logisch gehaltenen römischen Rechte von Anfang an verworfen wurde.[46])

Gemäss den Anschauungen, die mit der Reception des römischen Rechts in unser Rechtsleben und Rechtsgefühl eindrangen, sind diese rein deutschen Bestimmungen einigermassen in den Hintergrund gedrängt worden — nur die Verschuldung macht zum Ersatze verbindlich —, ein Rest aber der Gesetzesvorschriften unserer Vorfahren hat sich auch in den neueren Codificationen noch erhalten,

[45]) Vgl. hierzu die sehr bezeichnende Stelle aus den leges Henrici I, c. 70, § 12: Si autem sponte aut non sponte fiant (homicidia), nihilominus tamen emendentur. Quae enim per inscientiam peccamus, per industriam corrigamus: ebenso l. c., c. 90, § 12.

[46]) Vgl. Wilda: Strafrecht der Germanen, S. 552: „Die Last des Ge„schickes hatte derjenige zu tragen, der gleichsam das willenlose Werkzeug in „der unsichtbar lenkenden Hand gewesen, nicht derjenige, welcher dadurch „eigentlich betroffen schien". — Im Gegensatz hierzu der römische Satz: casum sentit dominus.

Digitized by Google

und die engen Grenzen des römischen Rechts, wenn auch nur unbedeutend, erweitert.

Im römischen Rechte vermittelten die Abstufungen des Begriffs der culpa den Uebergang vom dolus zum casus, das alte deutsche Recht aber kennt nur zwei Entstehungsarten einer Beschädigung fremden Lebens oder Gutes — Schuld und Unglück (Zufall).[47] Ohne ein verbindendes Glied stehen sich dieselben in den Gesetzesbüchern gegenüber, häufig auch ohne bestimmte Terminologie, so dass erst die Untersuchung des einzelnen Falles klar legt, ob Schuld oder Zufall gemeint sei.

Entsprechend den processualischen Bestimmungen jener Zeit wurde die Entscheidung darüber, ob Schuld oder Unglück vorlag, dem Urheber der Verletzung selbst überlassen. Die Beweisführung war das Recht des Beklagten, sein Eid verstärkt durch einen Hülfseid der Eidgenossen beherrschte den Ausfall des Urtheils.[48])

Bei Erörterung der Frage, wie weit die einzelnen Volksrechte in der Aufstellung von Gesetzesvorschriften über die Ersatzpflicht für eine Verletzung fremden Eigenthums gehen, ist vor Allem eine Unterscheidung in Betreff der Verhältnisse, aus denen eine derartige Verbindlichkeit entsteht, nothwendig, d. h. Trennung der Haftung aus Verträgen von der aus Delicten oder Quasidelicten.

Der wichtigste, zugleich aber schwierigste Punkt für eine Darstellung der hierbei zur Geltung kommenden Grundsätze ist jedenfalls die Frage, in wie weit ein Dritter bei Beschädigung fremder Vermögensstücke durch Zufall zum Ersatze verpflichtet sei. Die

---

[47]) Vgl. Stobbe: Vertragsrecht, S. 209—13;
Stobbe: Deutsches Privatr. B. III, S. 233 ff.;
Wilda: Strafrecht der Germanen, S. 578 ff.

„Schuld" ist entweder Unterlassung der vom Rechte geforderten Aufmerksamkeit oder böser Wille (vgl. auch Stobbe: Vertragsrecht, S. 290). — Die lex Langobardorum z. B. bedient sich bei Böswilligkeit in der Regel des Ausdrucks „asto animo", „asto" oder „astu", seltener steht dafür „dolo" oder „dolose" (ed. Roth. 9, 306; Grim. 7; Liutpr. 136). Was unter asto animo zu verstehen sei, erklärt der Gesetzgeber in der Stelle: „Si quis casam alienam asto animo, quod est voluntarie, incenderit etc." (ed. Roth. 146, 149, 201, 248, 264, 342, 344, 345, 357, Grim. 7, Liutpr. 71, 148, 153); es ist also die volle Kenntniss des wahren Sachverhaltes und das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, welche den dolus ausmachen; sobald ein error vorliegt (z. B. Roth. 248, 1), wird von dolus nicht gesprochen. Dem „asto animo" stellt die lex Langob. die Ausdrücke nolens und nolendo gegenüber (ed. Roth. 75, 138, 147, 387, Liutpr. 136).

[48]) Siegel: Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens, S. 157 ff., 176 ff. — Für die nordgermanischen Rechte vgl. Amira: Nordgermanisches Obligationenrecht, S. 79 ff.

Digitized by Google

Vorschriften über die Haftverbindlichkeit bei Verschuldung bleiben sich im Wesentlichen in den Rechten aller Zeiten und aller gebildeten Völkerschaften gleich, die Ersatzpflicht bei casus aber kann als das Hauptcharacteristicum unseres mittelalterlich-germanischen Rechts betrachtet werden, und verdient aus diesem Grunde eine eingehendere Untersuchung.

§ 5. a) Haftung aus Verträgen.

Aus der Reihe der zweiseitigen Rechtsgeschäfte behandeln die Volksrechte nur das Depositum, die Leihe und den Pfandvertrag, wenigstens enthalten sie über andere Institute keine auf unseren Fall bezüglichen Bestimmungen.[49]) Für diese drei Verträge gilt es allgemeine Gesichtspunkte aufzusuchen, um die mannigfaltigen Gesetzesstellen der einzelnen Volksrechte zu einem Ganzen zu gruppiren.

Im Allgemeinen bestimmt der Wille des Schuldners das Mass der Haftpflicht; erbietet sich derselbe zur Uebernahme einer fremden Sache, so ist er billiger Weise strenger zu beurtheilen, als derjenige, welcher erst auf die Aufforderung des Eigenthümers hin sich zur Aufbewahrung bereit erklärt hat; — ein Anerbieten enthält immer ein Versprechen.[50]) Hieraus allein aber lässt sich kein für alle Fälle gültiges Resultat gewinnen; denn vielfach ist das Anerbieten des Dritten ein Act der Gefälligkeit, und deshalb milder zu beurtheilen, als die Handlung desjenigen, der nur gezwungen, nur weil er dem Drängen des Dritten nicht ausweichen konnte, den Besitz einer fremden Sache übernahm. Wichtig ist deshalb die Herbeiziehung eines weiteren Gesichtspunktes, nämlich der Ueberlegung, ob der Empfänger aus der Uebernahme einen Vortheil zieht, oder ob der

---

[49]) Vgl. hierzu Stobbe: Zur Geschichte des deutschen Vertragsr., S. 209 ff. — Stobbe: Privatr. B. III, § 183. —

Madai: „Verantwortlichkeit des Treuhänders" in der Zeitschrift für deutsch. R. B. VIII, S. 131 ff. —

Förster: „Die Verantwortlichkeit des Satzungsgläubigers" in der Zeitschrift für deutsch. R. B. IX, S. 101 ff.

Budde: Pfandsetzung und Eigenthum a. a. O. 411 ff.

Albrecht: Die Gewere, S. 134 ff.

[50]) Vgl. hierzu die den Volksrechten zwar nicht direct angehörige, aber characteristische Stelle aus Capit. VII, 290 (Walter): Si facto pretio rem vendendam aliquis cuicunque tradiderit et dum ab eo vendenda profertur, quacunque occasione perierit, ei perit, qui eam dederat distrahendum. Caeterum si rem acceptam non rogante domino, sed promittente eo, qui accepit, dum vellet venundare perdiderit sibi rei perditae ingerit detrimentum.

Digitized by Google

Beweggrund hierzu nur in seiner Uneigennützigkeit zu suchen ist. Es wird Niemand anstehen, die Gefahr für die Verschlechterung oder den Untergang einer Sache, während sich dieselbe in fremdem Besitze befindet, dem zuzuweisen, auf dessen Seite der Vortheil gelegen ist, da ja er beim Eintritt einer Deterioration des betreffenden Gegenstandes ein Aequivalent für den Vermögensschaden, der ihn dadurch trifft, besitzt oder wenigstens besessen hat. Dieser Vortheil kann insofern verschiedener Art sein, als er entweder auf der Seite des Eigenthümers des fraglichen Gegenstandes gelegen ist, z. B. bei kostenfreiem Depositum, oder sich auf der des Empfängers findet, so wenn der Acceptant für seine Mühe in irgend welcher Weise belohnt wird, oder eine fremde Sache zur freien Benutzung geliehen erhält.[51]) Theilweise genügt bei eingetretener Beschädigung oder erfolgtem Untergange des fremden Gegenstandes von Seiten eines Dritten der Nachweis, dass er auf das fremde Eigenthum nicht geringere Sorgfalt als auf das Seine verwendet habe, in anderen Fällen wieder wird eine weitergehendere unbedingte Sorgfalt für die fremden Sachen gefordert.

Die aus den einzelnen Volksrechten im Folgenden herbeigezogenen Stellen werden diese allgemeineren Grundsätze näher erläutern.

1. Das Depositum.

Für das Depositum müssen zwei verschiedene Erscheinungsarten unterschieden werden: einmal das reine Depositum, welches auch im römischen Recht den Namen depositum trägt, und andererseits die Deposition um Lohn, bei welcher der Depositar seine Dienste durch Geld oder ein Werthobject anderer Art vergütet erhält.[52]) Die germanischen Quellen bedienen sich in beiden Fällen des Ausdrucks „commendare“ oder „res custodiendas tradere“ und fügen, um das letztere Verhältniss anzudeuten, nur noch „placita mercede“ hinzu; von dem Empfänger brauchen sie „rem ad custodiendum accipere“ oder „commendata suscipere“.

Als die Quelle der Beschädigung oder des völligen Verlustes des deponirten Gegenstandes unterscheiden die Volksrechte ziemlich übereinstimmend drei Hauptfälle:

1. Sterben des übergebenen Thieres,

---

[51]) vgl. Stobbe: Vertragsr., S. 293 und 294, Stobbe: Privatr. III, S. 234 und 235. Förster: Zeitschrift für deutsch. R., B. IX, S. 107 und 108. Budde: a. a. O. S. 419, 420. Madai: „Verantwortlichkeit des Treuhänders“ in Zeitschrift für deutsch. R., B. VIII, S. 131—153.

[52]) Madai: a. a. O. S. 132 ff.; Stobbe: Vertragsr., S. 215—217.

Digitized by Google

2. eine grössere Kategorie möglicher Fälle: Untergang der Sache „de ruina aut de incendio, vel hostilitatis naufragio seu quolibet simile casu" (l. Wisig. lib. V, tit. V, 5); und endlich
3. Diebstahl.

Beim Eintritte einer der beiden ersten Möglichkeiten wird der reine Depositar nicht zum Schadensersatze verpflichtet, da ihn nur eine Verschuldung zur Haft verbindlich macht. Stirbt das Vieh während es sich in seinem Gewahrsam befindet, so befreit er sich durch Vorzeigen der Haut von dem Vorwurfe der Unwahrheit seiner Behauptung und erhärtet durch Leistung eines Eides seine Unschuld an dem Vermögensverluste des Deponenten. Der Tod des betreffenden Thieres musste doch früher oder später eintreten, ein Verhängniss, welches nach dem allgemeinen Gerechtigkeitsgefühle dem Herrn, der den Vortheil aus der unentgeltlichen Deposition gezogen hat, und nicht dem schuldlosen Dritten zur Last zu legen ist.[53])

Was noch besonders den zweiten Fall, den Untergang des deponirten Gegenstandes durch Feuer, Schiffbruch oder dergl. anlangt, so fordert der Gesetzgeber von dem Depositar, dass er nicht seine eigenen Sachen mit Zurücksetzung fremden Eigenthums retten dürfe, sonst trifft ihn die Ersatzverpflichtung; andererseits muss der Deponent, sobald der Depositar in aufopfernder Weise sein Eigenthum zu Grunde gehen lässt, nur um die anvertrauten res depositae zu retten, einen Theil des Schadens mittragen helfen, und den Vermögensverlust des Letzteren wenigstens zum Theil auszugleichen suchen.[54])

---

[53]) Vgl. l. Baiuw. XV, 1: Si quis cavallum aut quolibet animalium genus ad custodiendum mercede placita commendaverit, si perierit eiusdem meriti ille, qui commendata suscepit, exsolvat, si tamen mercede fuerit pro custodia consecutus. Quodsi etiam nulla mercede placita susceperat mortua esse probaverit: nec ille mercedem requirat nec ab illo aliquid requiratur; tamen ratione ut praebeat sacramenta ille, qui commendata susceperat, quod non per suam culpam neque per neglegentiam mortua consumpta sint et reddat corio; — ebenso l. Wisig. lib. V, tit. V, 1, 2. Satz: . . . Quod si ille, qui nullum placitum pro mercede susceperat, rem mortuam esse probaverit nec ille mercedem recipiat nec ab illo aliquid requiratur. Ea tamen ratione ut praebeat sacramentum ille, qui commendata susceperat, quod non per suam culpam neque per neglegentiam animal morte consumptum sit, et nihil cogatur exsolvere. — Dahn, a. a. O. S. 93 sub 4. Merkel nennt diese Bestimmung Mon. B. III, S. 318 Note 85: „generalis fortasse iuris Germanici regula". — Vgl. Sächs. Landr. III, 10, § 3: Stirbt ein phert oder ein vihe, daz man vorbringen sal, der burge brenge die hut vor, und si ledig. — Schwäb. Landrecht Lassb. 267; Vermehrter Sachsenspiegel ed. Ortloff, IV, 38 dist. 4. — Madai, a. a. O. S. 133. — Stobbe: Vertragsr., S. 216.

[54]) Vgl. l. Baiuw. XV, 2, ist entnommen der l. Wisig. lib. V, tit. V, 3:

Digitized by Google

Anders ist es bei Verlust der anvertrauten Sache durch Diebstahl. Die Uebernahme fremden Eigenthums in das Depositum verpflichtet den Depositar zur sorgfältigen Aufbewahrung, die Möglichkeit eines Diebstahls aber lässt eine mangelhafte custodia vermuthen. Die Volksrechte nehmen dementsprechend für diesen Fall übereinstimmend eine Ersatzpflicht des Depositars an und differiren nur in der Höhe der Vergütungssumme. Die lex Baiuw. und die lex Wisig. bestimmen den Ersatz des halben Werthes des gestohlenen Gegenstandes, während die lex Liutpr. den vollen Betrag als Vergütung normirt.[55]) Gegenüber dem römischen Rechte, welches den Depositar von einigen Ausnahmen abgesehen nur für dolus verantwortlich machte, erscheinen diese Grundsätze der Haftung in

Si alicui aurum, argentum aut ornamenta vel species fuerint commendatae sive custodiendae traditae aut forte vendendae id si perierit, vel in domo ipsius, qui accepit, cum rebus eius fuerit incendio concrematum una cum testibus veniat et brevem det ille, qui commendata susceperat, et praebeat sacramentum, quod nihil exinde suis profuisset conpendiis et nihil cogatur exsolvere excepto auro et argento, quod ardere non potuit. — Und weiter l. Wisig. lib. V, tit. V, 5: Qui commendata vel commodato susceperet et de ruina aut de incendio vel hostilitatis naufragio seu quolibet simili casu sua omnia liberaverit et aliena perdiderit, quod accepit, sine aliqua excusatione cogatur exsolvere. Si vero partem aliquam de rebus propriis liberasse cognoscitur illi cuius res habuerat iuxta modum perditae rei vel liberatae restituat, qualem iudex ratione deducta aestimaverit et portionem. Si autem omnia sua perdiderit, cum liberaret aliena, et de liberatis et de perditis rebus similis ratio deducatur, ut partem arbitrio iudicantis, qui liberavit, accipiat. Justum est enim in simili casu ut ille non dampnum solus excipiat qui se gravibus obiecit periculis et dum aliena minora conatur liberare sua maiora perdidisse cognoscitur. — Dahn, a. a. O. S. 101.

[55]) Vgl. l. Baiuw. XV, 4 und 5; beide Stellen sind der l. Wisig. fast wörtlich entnommen. lex Wisig., lib. V, tit. V, 3: Si vero quae commendata fuerunt, furto probantur ablata ei qui commendata acceperat, spatium triduum, ut ordo docit donec furem sua investigatione perquirat: et si eum invenerit, commendatori res suas tantummodo reformare cogatur. Compositio vero furti ad eum, qui habuit commendata pertineat. Certe si fur non fuerit infra statutum tempus me dictas rerum commendatarum domino a suscipiente reddatur, ut dampnum ex medio uterque sustineat. Für den Ersatz des vollen Betrags der gestohlenen Sache vgl. l. Liutpr. 131: Si quis commendaverit res suas in cuiuscunque casam de conlibertos suos libero hominem, et contegerit ut adveniens fur res ipsas furaverit, et ipse in cuius casa ipsas fuerunt reddiderit, aut, si non reddiderit, tamen reddere debit: et nos ita statuimus et diffinimus, ut qui res alienas commendatas susceperat et eas perdiderit, restituat res ipsas, cuius fuerint; et si postea ipse fur inventus fuerit, ei conponat ipse fur, de cuius casam ipsas res rapuit aut furavit. — Stobbe: Vertragsrecht, S. 215 und 216. Dahn, a. a. O. 93, sub 1, 2. — Vgl. Sachsenspiegel. III, 5, § 3: Swilch man deme andern sin gut tut zu behaldene, wirt ez ime verstolen oder abgeroubet, oder verbrant, oder stirbt ez ab iz vihe ist, her en darf da nicheine not umbe liden, tar her da sin recht zu tun, daz ez ane sine schult geschen sie.

Digitized by Google

den Volksrechten überaus streng. Für zweifelhaft kann es gelten, ob die Herabsetzung der Haftung auf die Hälfte, wie sie die lex Wisig. und auf ihr fussend auch die lex Baiuw. annimmt, römischen Einflüssen zuzuschreiben ist. Ich bin geneigt, in dieser Herabsetzung der Haftung eine selbständige Entwickelung der lex Wisig. anzunehmen, da die in Rede stehende Stelle im Uebrigen rein deutsche Bestandtheile enthält. So ist es ein rein deutscher Satz, dass nicht der Deponent die actio furti gegen den Dritten hat, sondern nur der Depositar die Klage erhebt, und dass dem Deponenten nach dem Satze „Hand wahre Hand" nur ein Anspruch aus dem Depositum gegen denjenigen, mit dem er das Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, zusteht.

Eine grössere Verantwortlichkeit übernimmt der Depositar, wenn er für die Aufnahme in seinen Gewahrsam Lohn empfängt; zwar unterscheidet sich diese Form des Rechtsgeschäfts in seinem Zwecke nicht von dem reinen Depositum, dennoch aber wächst die Haftverbindlichkeit des Depositars, weil mit der Auszahlung einer Vergütung der Vortheil sich auf seine Seite neigt.[56])

Wollen wir die in den vorhergehenden Bestimmungen enthaltenen Principien in wenigen Sätzen zusammenstellen, so müssen wir sagen:

a) Der unentgeltliche Depositar
   1. haftet stets bei Verschuldung;
   2. ist zu keinem Ersatze verpflichtet, wenn er keine Schuld an dem Untergange der deponirten Sache trägt;
   3. darf bei einem Unglücke, welches ihn trifft, das fremde deponirte Eigenthum nicht hinter dem seinigen zurücksetzen; nur gleicher Schaden ist Ausschliessungsgrund einer Ersatzpflicht;
   4. Diebstahl ist verschuldeter Verlust.

b) Der Depositar um Lohn haftet in jedem Falle (Schuld und Unglück).

---

[56]) Vgl. l. Baiuw. XV, 1 (citirt bei Anm. 53) und l. Wisig. lib. V, tit. V, 1: Si quis cavallum aut bovem aut quodlibet animalium genus placita mercede ad custodiendum susceperat, si id perierit, aliud ciusdem meriti ille, qui commendata vel commodata susceperat, exsolvat: si tamen mercedem fuerit pro custodia consequutus, vel pro conducto. — Das römische Recht bestimmte für den Fall, dass der Depositar eine Vergütung erhielt, die Haftung für culpa levis. Im späteren deutschen Rechte suchte man die germanische Haftung für den Zufall durch Aufstellung des Begriffs der culpa levissima mit den römischen Bestimmungen in Einklang zu bringen. — Vergl. Stobbe: Vertragsr., S. 227 und 228. — Anders Madai, a. a. O. S. 132 ff., 135.

Digitized by Google

2. Leihe.

Derselbe Gedanke, welcher die strengen Bestimmungen über das Depositum um Lohn hervorrief, ist auch für das Commodatum massgebend gewesen.

Durch die Hingabe einer Sache in den zeitweiligen Besitz einer dritten Person mit der Erlaubniss, dieselbe in ihrem Nutzen zu gebrauchen, entzieht sich der Verleiher einerseits selbst den Vortheil der eigenen Verwendung, andererseits aber leistet er damit dem Empfänger eine Gefälligkeit, so dass es dem Gerechtigkeitsgefühle der mittelalterlichen Gesetzgeber widersprechend erschien, wenn ihm aus dieser Selbstlosigkeit noch Nachtheile erwachsen sollten. Zwar wird auch in der Gegenwart der Commodatar einer Sache, z. B. eines fremden Buches bei Beschädigung desselben durch ein Ereigniss, an dessen Eintritt der Entleiher keine Schuld trägt, wenn möglich, den Verlust aus freien Stücken ersetzen; was aber heutigen Tags die grosse Mehrzahl thut, um sich nicht den Vorwurf der Verletzung des allgemeinen Anstandsgefühls zuzuziehen, war im Mittelalter durch Gesetze bestimmt; kraft gesetzlicher Vorschrift wurde hier ein solches Zartgefühl gefordert, und nicht dem Einzelnen freigegeben, ob er sich von demselben leiten lassen wollte, oder nicht.[57])

Die Volksrechte berücksichtigen in den angeführten Stellen nur die Leihe beweglicher Sachen; feste Grundsätze, von denen die

---

[57]) L. Fris. add. sap. X, 1: Si homo alii equum suum praestiterit, vel quamlibet aliam pecuniam, talem, qualis ei praestita est, reddat domino eius; et si forte peioratum reddiderit, componat ei iuxta quantitatem, qua rem eius inpeioravit. — Vgl. Sachsenspiegel, Landrecht III, 5, § 4: Swaz man aber deme manne lihet oder seczet, daz sal her unverterbet wider brengen oder gelden nah sime werde. — l. Baiuw. XV, 1, citirt oben bei Anm. 53, eadem et de commodatis forma servetur. — l. Wisig., lib. V, tit. V, 1: Si quis cavallum vel bovem aut quodlibet animalium genus placita mercede ad custodiendum susceperit: si id perierit, alium eiusdem meriti ille, qui commendata vel commodata acceperit, exsolvat: si tamen mercedem fuerit pro custodia consequutus, vel pro conducto. Auffällig erscheint es, dass l. Wisig. lib. V, tit. V, 1 das reine Depositum und die Leihe durch Liebe auf ein und dieselbe Stufe stellen, und keinen Unterschied in der Beurtheilung bei dem Untergange einer commendirten und commodirten Sache machen; hier ist die Annahme römischer Einflüsse berechtigter als oben S. 25. (Dasselbe ist von der l. Baiuw. XV, 1 zu sagen, welche die citirte Stelle der l. Wisig. beinahe wörtlich recipirt hat); unverkennbar sind die unmittelbarsten Einwirkungen römischen Rechts in der lex Burg.-Papian. XIII, 4: Incendii etiam vel naufragii casibus ac ruinae si per eum casum res quae commodantur perierint, is, cui commendata res est ad solutionem rei teneri non potest, nisi forte suam rem liberasse probatur, cum de eodem casu rem commodatam eripere potuisset. Vorliegende Stelle beruht direct auf Pauli Sentent. lib. II, tit. 4, § 2. — Vgl. Dahn, a. a. O. S. 101.

Digitized by Google

Volksrechte ausgingen, lassen sich nicht angeben, da das alte germanische Princip durch fremde Factoren gelitten hat; nur die lex Frisionum ist unberührt geblieben.[58]) Die lex Wisig. spricht wie beim reinen Depositum im Falle des Todes des geliehenen Thieres den Commodatar, sobald er den Unschuldseid leistet, von einer Ersatzpflicht frei; gewiss ist auch hier der Gedanke bestimmend gewesen, dass dieses Unglück ebenso leicht wie den Commodatar den Commodanten hätte treffen können.[59])

3. Das Pfand.

Am geringsten ist das Material, welches uns in den Volksrechten für eine Betrachtung der Haftpflicht des Pfandgläubigers geboten wird. Es sind nur wenige Stellen, welche dieses Thema behandeln, so dass es fast unmöglich scheinen könnte, eine Darstellung der Grundsätze über die Verantwortlichkeit des Pfandgläubigers auf Grund des in den Volksrechten allein enthaltenen Stoffes zu geben. Trotzdem muss gerade hier eine Erklärung der leges aus sich selbst heraus versucht werden, da die späteren Quellen mit Bezug auf diesen Punkt wesentlich von einander differiren, und es so unmöglich ist, mit ihrer Hülfe die Lücken auszufüllen, und durch Rückschlüsse ein einigermassen abgerundetes Bild der hier zur Geltung kommenden Prinzipien zu erzielen.[60])

Vor allen Dingen ist zu constatiren, dass die Volksrechte bezüglich der Haftung des Pfandgläubigers für den Untergang des Pfandobjects die Feststellung eines Unterschiedes zwischen genommenem und gesetztem Pfande unterlassen. Es entsteht demgemäss die Frage, ob wir eine solche Differenz mit Bezug auf das berührte Thema annehmen, und es lediglich dem Zufall zuschreiben wollen,

---

[58]) Vgl. Stobbe: Vertragsr., S. 234. — Für die Uebereinstimmung der späteren mittelalterlichen Rechte vgl. an derselben Stelle, S. 235 ff.

[59]) So l. Wisig. lib. V, tit. V, 2: Si quis alicui iumentum aut cavallum aut aliud animal prestiterit et per aliquam infirmitatem apud eum, qui accepit, moriatur, sacramentum praebere debebit, quod non per suam culpam neque per neglegentiam morte consumptum sit et nihil cogatur exsolvere etc. Bei Ueberanstrengung des geliehenen Thieres war ein Ersatz selbstverständlich; vgl. l. Wisig., lib. VIII, tit. IV, 2. — Dahn, a. a. O. S. 101. Für die Frage: wie weit ist der Commodatar verpflichtet, den Schaden, welchen das geliehene Thier anrichtet, zu ersetzen? vgl. unten sub II bei Anm. 129.

[60]) Vgl. Meibom: Pfandrecht, S. 367. Stobbe: Vertragsrecht, S. 253 ff.; Budde: „Pfandsetzung und Eigenthum" in der Zeitschrift für deutsch. R. B. IX. S. 411 ff, Förster: Die Verantwortlichkeit des Satzungsgläubigers, a. a. O. 100 ff. — Albrecht: Die Gewere, S. 135 und 136.

Digitized by Google

dass keine der Quellen eine Andeutung hinsichtlich einer solchen Trennung enthält, oder ob aus dem Stillschweigen der Volksrechte die Folgerung zu ziehen ist, dass sie einen Unterschied bezüglich der Haftpflicht, je nachdem das Pfand ein gesetztes oder ein genommenes war, nicht beabsichtigen. Jedenfalls waren beide Arten des Pfandes den Volksrechten bekannt, man erkannte sogar betreffs derselben die Nothwendigkeit einer verschiedenen Behandlung bei der Beantwortung der Frage über den Ersatz des Schadens, welchen ein als Pfandobject dienendes Thier angerichtet hatte, an,[61]) während man über die Haftung für den Untergang oder die Verschlechterung in den leges lediglich Bestimmungen traf, welche von einem „genommenen" Pfande reden.

Meines Erachtens ist aus diesem Schweigen der Volksrechte über die Haftung bei gesetztem Pfande eher auf eine Gleichstellung beider Arten des Pfandverhältnisses, als auf eine Verschiedenheit derselben zu schliessen; — dies um so mehr, da die leges gerade sonst für das gesetzte und genommene Pfand ausdrücklich verschiedene Bestimmungen treffen, sich also des Unterschiedes beider wohl bewusst geworden sind. Der Gesetzgeber hat nur den Fall des genommenen Pfandes als den häufigeren zum Beispiel gewählt, um die Haftpflicht des Pfandgläubigers für den Untergang der Sache allgemein festzusetzen.[62])

Dass überdies der Gedanke der unbeschränkten Haftpflicht des Pfandgläubigers bei gesetztem Pfande dem deutschen Rechte nicht fremd war, ersehen wir aus dem Sachsenspiegel, welcher unter völliger Gleichstellung von Pfandsetzung und Leihe in III, 5, § 4 bestimmt:

Swaz man aber deme manne lihet oder seczet, daz sal her unverterbet wider brengen oder gelden nah sime werde.[63]) —

Was die den Volksrechten selbst zu entnehmenden Stellen anlangt, so sind vor Allem ed. Roth. 252 und lex Alam. Hloth. LXXXVI

---

[61]) Es ist diese Frage erst unten sub II, behandelt. Sie könnte mit demselben Rechte an dieser Stelle miterörtert werden, weil ihr Hauptpunkt darauf hinaus läuft: „wer trägt die Gefahr?", äusserlich betrachtet aber fügen sich die hierüber nothwendigen Bemerkungen besser unserem zweiten Theile ein.

[62]) Die Vermuthung liegt sehr nahe, dass zur Zeit der Volksrechte infolge des nur mangelhaft ausgebildeten Verkehrs Rechtsgeschäfte wie Darlehne oder dergl. mit Pfandsetzung seltener waren, als die Fälle, in denen der Eigenthümer eines beschädigten Feldes oder eines verletzten Thieres sich durch selbständige Pfandnahme seinen Anspruch gegen den dominus des schadenstiftenden Thieres sicherte.

[63]) Ueber die späteren Quellen vide Stobbe: Vertragsrecht, S. 256 ff.

Digitized by Google

als Grundlagen für die hier einschlagenden Sätze herbeizuziehen. Beide Citate handeln, wie schon oben hervorgehoben wurde, nur von einem genommenen Pfande — beide enthalten auch die Angabe einer Frist, binnen deren der Pfandgläubiger zur Haftung verpflichtet ist;[64]) während aber die lex Alamann. als Zeitraum, bis zu dem derjenige „qui pignus tulit" haftet, ein Jahr festsetzt,[65]) macht das ed. Roth. den Gläubiger nur bis zum 20. Tage verantwortlich:

> Et si infra istos dies viginti quis ille pignum suum iustitiam faciens et debitum reddens non liberaverit, et post transactus viginti dies contigerit ex ipsum pignus mancipium aut quolebet peculium mori . . . tunc debitor in suum damnum repotet, qui pignera sua liberare neclexit. Nam si infra istos viginti dies servus aut ancilla mortui fuerint aut peculium perierit . . . ipse qui pignoraverit in suum damnum repotit, et proprio domino satisfaciat.[66])

Abweichend lässt die l. Burg. 49, § 1 den Pfändenden die Gefahr nur zur Hälfte tragen, ohne dass hierfür ein besonderer Grund angegeben würde.[67]) Lex Wisig. lib. V, tit. VI, 4, welche ausdrücklich von einer Pfandsetzung spricht, berücksichtigt nur den Fall, dass der Pfandgläubiger das pignus vor der Verfallzeit verkauft oder in eigenem Nutzen verwendet hat, lässt aber die Frage, wie ein durch culpa oder casus erfolgter Verlust der Sache zu beurtheilen sei, unerörtert.[68])

---

[64]) Mora des Schuldners entbindet von der ausnahmslosen Haftpflicht.

[65]) L. Alam. Hloth. LXXXVI: Si quis gregem iumentorum ad pignus tulerit et incluserit contra legem cum 12 solidis componat et dimittat et usque ad annum integrum habeat eos in cura, qui illos pignoravit. Et si aliquid de ipsa grege in ipso anno perdiderit, ille, qui pignus tulit, similem restituat.

[66]) Vgl. hierzu ed. Roth. 343: Pfändung eines fremden Pferdes durch den Eigenthümer der geschädigten Felder: Et si non venerit, qui eum cognoscat (d. h. das gepfändete Pferd), iubemus, ut ille, qui eum invenit et caballicet et custodiat eum tanquam suum proprium. Et si mortuus fuerit signa de ipso corio conservit, ut cum venerit certus dominus habeat, quod ei ostenderet etc. vgl. l. Liutpr. 86.

[67]) L. Burg. 49, 1: Si quis igitur cavallos aut boves aut quaecunque animalia vicini aut consortis sui dampnum sibi facientia ad domum suam claudenda perduxerit, ac si ea priusquam ad dominum ipsorum directus possit nuntius pervenire incendii causa everterit medietatem eorum clausor exsolvat, nihilque ab eo amplius postuletur. — Stobbe, a. a. O. S. 263 f.

[68]) Si quis ei qui rem pro pignore crediderit ad constitutum tempus, repraesentato debito pignus acceptum distulerit reddere, et hoc aut ante tempus lege superiori taxatum vendere, vel in usus proprios atque in alienos conferendum praesumpserit adtemptare, vel malitiose differens noluerit assignare, pignus

Digitized by Google

So ist das Princip der Volksrechte, welches wir aus den beigebrachten Quellenstellen entnehmen, das gleiche, welches der Sachsenspiegel in III, 5, § 4 enthält: die Gleichstellung von commodatum und pignus betreffs der Haftung desjenigen, in dessen Händen sich die fremde Sache befindet.

Sind aber die im Vorhergehenden bei Gelegenheit der Besprechung von Depositum und Leihe zusammengestellten Grundsätze über die Haftung für Verschlechterung oder Untergang fremden Eigenthums im Vergleich zum modernen Rechte streng zu nennen, so müssen sie in ihrer Anwendung auf den Pfandvertrag geradezu als eine Härte der Gesetzgebung betrachtet werden. Während beim Commodat oder dem entgeltlichen Depositum der Besitzer einen positiven Gewinn aus dem Vertrage zieht, fällt dieser Grund für den Pfandgläubiger weg, da ja das Recht zur Benützung des übergebenen Pfandobjectes besonders bestimmt werden musste, also nicht im Vertrage ab ipso enthalten lag.

Es wird dies allerdings bestritten, jedoch ist die entgegengesetzte Ansicht, welche z. B. Eichhorn vertritt, entschieden zu verwerfen und der von Förster und Stobbe[69]) verfochtenen Meinung beizupflichten. Hätte der Gläubiger die Pfandsache benutzen dürfen, so wäre das Verhältniss sogleich ein ganz anderes geworden; dann würde auch hier der Gesichtspunkt des Vortheils, welcher bei der unentgeltlichen Leihe oder dem entgeltlichen Depositum im Vordergrunde steht, massgebend gewesen sein und eine strenge Haftung des Pfandgläubigers gerechtfertigt haben.[70]) Derselbe Gesichtspunkt des Vortheils würde massgebend gewesen sein, wenn für eine Geldforderung Zinsen genommen worden wären. Da aber keines von beiden der Fall ist, so ist es nur möglich, den Grund für die Verantwortlichkeit des Pfandgläubigers für casus in einem weniger auf der Hand liegenden Umstande — der aber von den Quellen zweifellos als Vortheil, und demgemäss als Motiv dieser ausnahmslosen Haftung aufgefasst wurde — zu finden, nämlich in der Sicherstellung der Forderung durch die Hingabe eines Pfandes.[71])

---

quidem quod accepit, integrum reddat et medietatem quantum pignus valere constiterit, domino pigneris coactus impendat.

[69]) Vgl. Stobbe: Vertragsr., S. 262; Meibom unterlässt eine Entscheidung mit Bezug auf die ältesten Zeiten.

[70]) Gegen die Erlaubniss, das Pfand vorzeitig in eigenem Nutzen zu verwenden, spricht z. B. l. Wisig. lib. V. tit. VI. 4: ante tempus vel in usus proprios atque in alienos conferendum praesumpserit adtemptare; ebenso l. Liutpr. 109.

[71]) Uebereinstimmend Stobbe, a. a. O. S. 294.

Digitized by Google

Es ist hier noch einer Ansicht entgegenzutreten, welche behauptet, dass der Gläubiger mit dem Pfandschuldner das Interesse theile, weil dem Verpfänder mit der Sache sein Eigenthum, dem Gläubiger seine Schuldforderung zu Grunde ginge.[72]) Dies ist in dieser Allgemeinheit entschieden unrichtig; vielmehr muss zugegeben werden, dass in den Fällen, in denen das Pfand für ein Darlehn oder dergl. bestellt ist, die ganze Last der Gefahr auf den Pfandgläubiger allein fällt. Geht das Pfandobject unter, so ist, wenn man damit Untergang des Eigenthums des Schuldners und der Forderung des Gläubigers annimmt, der Schuldner durch das in seinen Händen befindliche Geld entschädigt, der Gläubiger aber verliert seine Forderung, ohne den geringsten Nutzen von dem Pfandobjecte erhalten zu haben, da er erst durch den Verzug des Schuldners das Verfügungsrecht über dasselbe erwirbt; nur insofern trifft vielleicht auch den Schuldner ein pecuniärer Nachtheil, als die hingegebene Pfandsache in der Regel die Höhe der schuldigen Summe übersteigt, um eine vollkommenere Sicherstellung des Gläubigers zu bewirken. Ueberdies weisen die Ausdrücke, deren sich die Volksrechte bedienen, wie z. B. „proprio domino satisfaciat" (ed. Roth. 25) oder „similem restituat" (l. Alam. Hloth. LXXXVI) darauf hin, dass, wenn der Schuldner seinen Verpflichtungen durch Erfüllung der Forderung nachkam, der Gläubiger Ersatz für das untergegangene Pfand leisten musste; eine Compensation fand demnach, wenngleich sie häufig vorgenommen werden mochte, nicht ausnahmslos statt.[73])

Mit mehr Recht kann man von einer Theilung des Interesses in den Fällen reden, in denen das Pfand für eine Beschädigung eines Feldes oder einer Wiese von dem Verletzten selbst genommen wurde; hier verlor, wenn wir annehmen, dass compensirt wurde, der Schuldner sein Eigenthum, ohne ein Aequivalent für diesen Verlust in der Hand zu haben. —

§ 6. b) Haftung aus Delicten und Quasidelicten.

Deutlicher als in den vorhergehenden Fällen tritt das Anstandsgefühl der Deutschen in der Ausdehnung der Ersatzpflicht bei Beschädigung fremden Eigenthums durch Delicte oder Quasidelicte hervor; bei den ebenerörterten Bestimmungen beeinflussen noch

[72]) So Albrecht: Die Gewere, S. 136. — vgl. auch Budde, a. a. O. S. 422.

[73]) Stobbe: Vertragsr., S. 254. — Budde, a. a. O. S. 416. — Sachsenspiegel III, 5, § 5.

Digitized by Google

andere Factoren den Gesetzgeber, noch andere Ueberlegungen, wie z. B. der Gedanke des Vortheils führen das vorliegende Resultat herbei, bei den im Folgenden behandelten aber fällt jeder andere Erklärungsgrund weg, so dass wir gezwungen sind, allein das Anstandsgefühl als Quelle dieser dem modernen Rechte unbekannten Gesetzesvorschriften anzusehen.

Es muss uns überraschen, dass nicht alle Volksrechte in dem Gedanken der unbedingten Ersatzpflicht übereinstimmen; einige leges verlassen den von den Vorfahren begangenen Weg, und bestimmen, dass nur der Schaden zu vergüten sei, welchen man durch widerrechtliches Verhalten, d. h. in böswilliger Absicht oder durch Vernachlässigung der erforderlichen Aufmerksamkeit und Vorsicht herbeigeführt habe. Eine kleine Anzahl der Volksrechte, wie z. B. die lex Wisig., mag bei der Aufstellung dieser dem ursprünglichen Principe widersprechenden Bestimmungen unter römischem Einflusse gestanden haben; bei anderen aber hat sich eine Aenderung in der natürlichen germanischen Denkweise wahrscheinlich durch schärfere mit der Zeit wachsende juristische Unterscheidung der Begriffe vollzogen. Wilda schreibt diese Umwandlung hauptsächlich den Einflüssen des Christenthums zu, obgleich vielleicht gerade die christliche Religion mehr mit der deutschen als mit der römischen Auffassung übereinstimmt, und schwerlich ein Institut beseitigt haben wird, welches mit solchem Eifer für die Verletzten eintritt.[74])

1. Verletzungen durch Waffen und dergl.

Wir sind in der Gegenwart geneigt, besonders bei Eigenthumsverletzungen durch Waffen oder dergleichen Gegenstände dem Zufall nur einen geringen Raum zu gestatten und in der überwiegenden Anzahl der Fälle auf Fahrlässigkeit zu erkennen. Man geht hierbei von der richtigen Ueberlegung aus, dass die schädigende Behandlung von Gegenständen, die schon durch ihre ganze Natur geeignet sind, das Gut oder Leben eines Anderen zu gefährden, auch in erhöhtem Masse zur Verantwortung verpflichte, und mit besonderer Strenge zu beurtheilen sei.

---

[74]) Strafrecht, S. 576. Er könnte sich dabei auf die völlig vereinzelt dastehende Stelle „iuxta Domini vocem etc." in l. Wisig. lib. VI, tit. V, 1 berufen. Richtig wäre es, wenn Wilda der Bildung, die mit dem Christenthume in die deutschen Stämme einzog, diese Umwandlung der ursprünglichen germanischen Denkweise zuschriebe, denn die Einsicht, dass die Haftung für casuelle Beschädigung der Gerechtigkeit nicht entspricht, ist das Resultat einer strengen juristischen Ueberlegung, und findet nicht ihren Grund in einer Aenderung der Gemüthsseite des Volkes.

Digitized by Google

Das Resultat, zu dem wir damit gelangen, kann vielleicht factisch ziemlich als dasselbe erscheinen, wie das der Volksrechte, nur ist der Weg, den wir einschlagen, ein wesentlich anderer: da gegenwärtig lediglich dolus und culpa zur Haftung verpflichten, so wird eine strengere Haftpflicht dessen, der durch Waffen fremde Güter verletzt, nur vermöge einer erweiterten Interpretation des Begriffs der Fahrlässigkeit erreicht, während im alten deutschen Rechte das Gesetz selbst kraft ausdrücklicher Bestimmung für casus verbindlich machte.

Wie weit in den Quellen, wenn wir dem Ausdruck „casus“ begegnen, von einem casus im römischen Sinne die Rede ist, kann allerdings nur schwer mit Bestimmtheit entschieden werden. Das alte germanische Recht kannte, wie schon oben hervorgehoben wurde, nur zwei Begriffe: „Schuld“ und „Unglück“; es kam also dem Gesetzgeber mehr darauf an, mit den Ausdrücken „non volens“ und „casus faciente“ den Gedanken an dolus von Seiten des Beschädigers auszuschliessen, als Fahrlässigkeit und Zufall einander gegenüberzustellen; so erklärt sich auch die Identificirung von „non volens“ und „casus faciente“ in der lex Langobardorum, der lex Baiuwariorum und anderen Volksrechten. Mit einem Fall der Fahrlässigkeit haben wir es auch trotz des Ausdrucks „per casum non culpa“ zweifellos in der lex Wisigothorum, lib. VIII, tit. III, 13 zu thun.[75]) Die Fahrlässigkeit liegt hier in dem zu heftigen Verjagen der fremden Thiere, welche sich bei dieser Gelegenheit Verletzungen an spitzen Pfählen oder dergleichen zuziehen. Auch die übrigen hier aufzuführenden westgothischen Gesetzesstellen lassen es unschwer erkennen, dass die lex Wisig. — vielleicht in Folge ihrer Berührung mit römischen Rechtsanschauungen — von dem germanischen Principe abgewichen ist. Allerdings ist die Ausdrucksweise der lex Wisig. ebenso wenig präcis, wie die der übrigen Quellen, es sind jedoch einzelne in ihrer Erklärung zweifellose Sätze, aus welchen die von den westgothischen Gesetzgebern eingeschlagene Richtung deutlich hervorgeht. So bestimmt z. B. lex Wisig. lib. VI, tit. V, 1:

Quicunque nesciens hominem occiderit et nullum contra eum odium

---

[75]) L. Wisig., lib. VIII, tit. III, 13: Quod si pecora per casum non culpa dum expelluntur debilitentur aut pereant aut in sudes sive in palos dum expelluntur inciderint, dampnum solvatur ex medio et quae superioribus legibus sunt statuta permaneant. Die Verpflichtung, halben Ersatz zu leisten, lässt sich dadurch erklären, dass der auctor damni sein Eigenthum vertheidigt, und hierbei eine Verletzung der Thiere herbeiführt. — Vgl. Dahn, a. a. O. S. 145.

Digitized by Google

habuerit iuxta domini vocem reus mortis non erit: non enim est iustum, ut illum homicidae damnum aut poena percutiat, quem voluntas homicidii non cruentat.[76])

Denselben Standpunkt vertritt die lex Burgundionum in dem allgemeinen Satze:

quia, quod casus operatur non debet ad dampnum aut inquietudinem hominis pertinere (tit. XVIII, 1);

und weiter erklärt sie in tit. XVIII, 2 denjenigen, dessen

lancea vel quodcunque genus armorum aut proiectum in terram aut fixum in terra simpliciter fuerit

für unverbindlich, den Schaden, den ein Mensch oder Thier daran genommen hat, zu ersetzen,

nisi forte sic arma sua in manu teneat, ut homini periculum possit inferre.[77])

Die übrigen Volksrechte enthalten das germanische Princip der Ersatzpflicht jedes Schadens in voller Reinheit. Statt der besonderen Hervorhebung der Fahrlässigkeit tritt hier die Zweitheilung des deutschen Rechts klar hervor, insofern die hier einschlagenden casuistischen Gesetzesstellen lediglich ein Gegenübersetzen von „Schuld“ und „Unglück“ ohne eine weitere Abstufung erkennen lassen. Sehr bezeichnend ist hierfür z. B. ed. Roth. 137:

Si quis infantem parvulum de massario aut de servo casu facientem occiderit, arbitretur a iudice secundum qualem aetatem habuit aut qualem lucrum facere potuit: ita conponatur.[78])

Im scharfen Gegensatz zur l. Wisig. steht auch l. Saxon. 59:

---

[76]) Es ist in vorliegender Stelle besonders interessant, wie vorausgesetzt wird, dass nicht Feindschaft des Thäters mit dem Erschlagenen eine gegen die Annahme von casus sprechende Präsumtion bilde. — Vgl. z. l. Wisig. lib. VI, tit. V, 1 noch l. c. tit. V, 2 und 3. — Vgl. Dahn, a. a. O. S. 143 ff. — Vgl. für das Wergeld oben § 3.

[77]) Meines Erachtens ist diese Stelle (l. Burg. XVIII, 2) so zu erklären, dass im ersteren Falle der Besitzer der Lanze dieselbe zu Boden gesenkt (proiectum in terram), oder in denselben eingestemmt hatte (fixum in terra), sodass alle Vorsichtsmassregeln seinerseits getroffen waren, um einen Schaden zu verhindern.

[78]) Vgl. ed. Roth. 387: Si quis hominem liberum, casum facientem, nolendo occiderit, conponat eum sicut adpretiatus fuerit et faida non requiratur eo, quod nolendo fecit. — Denselben Gedanken enthält l. Angl. et Werin. 51: Qui nolens, sed casu quolibet hominem vulneraverit vel occiderit conpositionem legitimam solvat. — Ebenso l. Baiuw. VIII, 10 (wegen des Ausdrucks vide textus leg. III; im Text I ist es IX, 10); vgl. hierzu l. Sal. emend. X, 6. — Sachsenspiegel II, 38: Tödtung wider Willen; II, 14, § 1. Tödtung in Nothwehr.

Digitized by Google

Si ferrum manu elapsum hominem percusserit, ab eo, cuius manum fugerat, conponatur excepta faida.[79])

Es sind hierher noch diejenigen Verletzungen oder Beschädigungen zu rechnen, welche beim Umstürzen oder Fällen von Bäumen entstehen. Auch hier drückt sich der Standpunkt, welchen die einzelnen Gesetzessammlungen gegenüber der Ersatzpflicht einnehmen, deutlich aus. Abweichende Bestimmungen trifft wiederum die lex Wisigothorum; der allgemein gefasste Satz in l. Wisig., lib. VIII, tit. III, 3 pr., welcher dem germanischen Princip zu entsprechen scheint, empfängt sofort durch die folgenden Sätze seine Erklärung und Beschränkung.[80])

2. Verwahrlosung des Feuers und Wassers.

Verwandt mit den Vermögensverletzungen durch Waffen und ähnliche Gegenstände sind diejenigen Beschädigungen, welche durch die Entfesselung und darauf folgende Verwahrlosung der Elemente hervorgerufen werden. Wer das Wasser eines Flusses staut und dadurch Veranlassung giebt, dass ein Mensch oder ein Thier darin ertrinkt, haftet für Ersatz des angerichteten Schadens.[81])

Detailirter sind die Bestimmungen über die Vergütung des Schadens, den ein anfänglich unschädliches Feuer dadurch anrichtet, dass ursprünglich unberechenbare Momente eintreten und seine fremdes

---

[79]) Vgl. Richthofen, l. Sax., S. 243 und lex Fris. add. sap. III, 69, citirt oben bei Anm. 8.

Wilda, a. a. O. S. 547, 553, 558, 643.

[80]) l. Wisig., lib. VIII, tit. III, 3: Si quis arborem inciderit vel aliquid dampni fecerit aut si dum cadit arbor aliquem occiderit dampnum, qui incidit, persolvat. Quod si in circuitu arboris homines fuerint, priusquam cadat, admoneat etc. — Vgl. hierzu l. c., tit. III, 4: Si arbor ex parte incisa est aut ex aliqua parte igne combusta et illo, qui absque dolo incenderat vel incendere coeperat absente arbor ceciderit nulla ei pro dampno, quod per ruinam factum est, calumnia moveatur. — Auf der anderen Seite vgl. ed. Roth. 138: Si duo aut tres aut plures homines arborum unam inciserint, et alium hominem supervenientem ex ipsum arborem occiserint aut quodlibet damnum fecerint, tunc incidentes arborem quanticunque fuerint ipsum homicidium aut damnum pariter conponant etc. Ebenso l. Saxon. 54: Si arbor ab alio praecisa casu quemlibet oppresserit, conponatur multa pleno weregildo a quo arbor praecisa est. — Gaupp: R. der Sachsen S. 399; ebenso l. Saxon. 55 (vgl. unten Anm. 83); Gaupp: R. der Thüringer S. 393 ff.

[81]) l. Alam. LXXXV: Si quis aliam clausuram in aqua fecerit et ipsa aquam inflaverit, et in hoc aliquod pecus mortuum fuerit vel famulus seu infans, quidquid negatum ibi fuerit, similem restituatur, unicuique secundum legem conponat. — Wilda: Strafrecht, S. 555; Stobbe: Privatrecht, B. III, S. 378 bei Note 13.

Digitized by Google

Eigenthum verletzenden Wirkungen bestimmen. Die Volksrechte enthalten für diesen Fall eine besondere Angabe der Zeit, innerhalb deren das Feuer und die dadurch entstandenen Verletzungen fremden Gutes als die That dessen betrachtet wird, der es angelegt hat. Sind nämlich 24 Stunden[82]) vergangen, so verliert die Flamme, wie Gaupp (Recht der Thüringer) sagt, ihren individuellen Character, — das Feuer hört auf, als das Specifische dieses Mannes zu gelten, und jeder Verlust, den es herbeiführt, ist nicht mehr die Folge einer menschlichen Handlung, sondern die eines unberechenbaren und unabwendbaren Naturereignisses. Dasselbe ist der Fall, wenn das Feuer durch den Wind fortgetragen oder über einen Bach getrieben wurde.[83])

3. Verletzungen durch Gräben, Zäune u. a. m.

In der Mitte zwischen der Ersatzverbindlichkeit für casuell herbeigeführte Eigenthumsverletzungen und der im Folgenden sub II behandelten Vergeltungspflicht des Herrn für den Schaden, den seine Leibeigenen oder seine Thiere anrichten, stehen die Gesetzesvorschriften, welche die Haftpflicht des Eigenthümers für seine Anlagen normiren. Sie sind keinem von beiden Theilen ausschliesslich

---

[82]) So ed. Roth. 148 und lex Sax. 55 (vgl. Anm. 83). — Die Zahl von 24 Stunden scheint überhaupt als das übliche Mass angenommen worden zu sein, innerhalb deren der Auffassung der Volksrechte nach ein Zusammenhang zwischen dem auctor und dem beeinflussten Objecte stattfindet; so z. B. ed. Roth. 314: auf ein angeschossenes Thier kann der Jäger noch 24 Stunden nach der Verwundung Anspruch erheben. — Vgl. Gaupp: Recht der Thüringer, S. 375.

[83]) Vgl. Wilda: Strafrecht, S. 952. ed. Roth. 147, besonders ed. 148: Si quis focum foris in itinere fecerit antequam egrediatur, extinguat eum et non neglegenter dimittat.. Nam si contigerit post egressum ipsius alicui ex ipsum focum damnum aut lesionem fecerit, ipse qui focum fecit et neglegenter dimisit, damnum sicut arbitratum fuerit, caput tantum conponat; sic tamen ut post relictum focum, qua ora eum reliquerit usque ad aliam talem oram dici aut noctis conpotetur, quod sunt oras viginti et quattuor. Nam si contegerit transire ipse focus super publica via aut rivo, damnum si fecerit non ei requiratur, qui focum dimisit. — Ebenso l. Sax. 55: Si arbor accensa ceciderit hominemque oppresserit a mane usque ad mane vel a vespera usque ad vesperam, ex quo ignis accensus est; si infra hoc tempus cadens hominem oppresserit, ab eo, qui incendit, arborem conponatur; si post, nihil solvat (vgl. Sachsenspiegel II. 38). — L. Burg. Gundeb. XLI, 1: Si quis in exarto suo focum fecerit, et focus nullo impellente vento per terram currens ad sepem vel messem pervenerit alienam, quicquid concrematum ex ea fuerit ab eo, qui focum fecerit, reformetur; und an derselben Stelle Abs. 2: Si vero flammam ignis ad sepem vel messem alterius vis venti transtullerit, dampnum, quod inlatum est, ab eo, qui focum fecerit, non quaeratur [vgl. l. Burg.-Papian. XVIII, 4: Si quis autem tali loco focum fecerit et exinde ignis ad areas aut tecta arboresque fructiferas

Digitized by Google

zuzuerkennen; einzelne Punkte fügen sich besser dem vorliegenden Abschnitte an, andere wieder liessen sich ebenso leicht bei Gelegenheit der zweiten Frage behandeln, — mögen sie deshalb die Verbindung beider Theile bilden.

Obgleich jedenfalls bei der Aufstellung der Haftpflicht für Anlagen, sei dies ein Zaun, ein Brunnen oder dergl., der allgemeine Gedanke, dass der Herr für sein Eigenthum einstehen müsse, massgebend gewesen sein mag, so können die hierfür geltenden Bestimmungen doch nicht der Haftpflicht des dominus für seine Sclaven oder Thiere völlig gleichgestellt werden. Der Schaden, den sich ein Thier an einem Zaun oder in einer Cisterne zuzieht, erfolgt hier, abgesehen von den Fällen, in denen von vornherein die schädigende Absicht vorgelegen hat, oder in denen irgend eine Vorsichtsmassregel ausser Acht gelassen ist, so indirect, so ohne jedes schuldhafte Zuthun von Seiten des Eigenthümers des Zaunes oder des Brunnens, dass nur in dem germanischen Anstandsgefühle eine Erklärung für seinen Ersatz zu suchen ist; bei der Verletzung fremden Eigenthums durch einen Sclaven kann man doch immer von einer That oder von einem Thäter sprechen, in etwas gewagter Uebertragung auch bei Schadenstiftung durch ein Thier.

Auch für die hierhergehörigen Gesetzesstellen gilt das oben Gesagte: sie bleiben nicht alle dem germanischen Principe treu. Es macht bei vielen leges den Eindruck, als ob sie mit der Androhung der Ersatzverpflichtung nur eine Pression auf den Eigenthümer ausüben wollten, stets die im allgemeinen Interesse nothwendige Vorsicht zu beobachten und das Wohl seiner Stammesgenossen in demselben Masse wie sein eigenes im Auge zu haben; sobald er dieser Pflicht genügt, sobald er die Anforderungen, welche die Sorgfalt an ihn stellt, erfüllt, ist er frei von jeder Verantwortlichkeit. So ist es z. B. wahrscheinlich, dass bei den einzelnen Stämmen bestimmte Vorschriften über die nothwendige Höhe, welche

---

perveniat, damnum quod evenerit, ab eo, qui focum fecit, estimatione sarciatur; beruht auf Pauli Sentent. V, 20, § 3]. — Gaupp: Recht der Thüringer, S. 372 bis 376. — In der l. Wisig. ist das casu factum in lib. VIII, tit. III, 6 i. f. (angebrannter Zaun), wie auch Dahn, a. a. O. S. 212, annimmt, wie in den oben angeführten Stellen mit „Fahrlässigkeit" zu übersetzen; es weist hierauf auch das „non ex voluntate commissum" des folgenden Satzes (quia crimen videri non potest, quod non ex voluntate commissum) hin, da im westgothischen Recht mit „nolendo" überhaupt „Fahrlässigkeit" ausgedrückt wird.

[84]) Die l. Rib. LXX, 3 spricht von einem „sepes mentonalis", d. h. einem bis zu den Knieen reichenden Zaune; l. Baiuw. XIV, 1: mediocri staturae virili usque ad mammas exaltatus.

Digitized by Google

ein Feld- oder Gartenzaun besitzen musste, bestanden,[84]) wie ja später in der That sich solche Vorschriften in grosser Zahl in den süddeutschen Weisthümern finden. Sobald ein Gehege, diese gesetzlich angeordnete Höhe, — sei dies nach der negativen oder positiven Seite hin, — nicht besass, so musste der Eigenthümer desselben jeden Schaden, welcher durch eine derartige Anlage ohne Einwirkung Dritter[85]) verursacht wurde, vollständig vergüten.

Das ed. Roth. 303 bestimmt:

Si homo aut quislevit peculium in sepe alterius texta cum vimen se impegerit et mortuus aut aliquam lesionem passus fuerit, tunc ille, qui sepem ipsam fecit et caput maiorem aut minorem foris dimisit ipse sit culpavelis homicidii aut lesionis.

Aehnlich sind die Vorschriften, welche die lex Ribuaria und die lex Baiuwariorum enthalten.[86]) Abweichend ist nur die hierhergehörige Stelle aus der lex Alamannorum. Sie unterlässt nämlich die Angabe, ob der in Frage stehende Zaun eine gesetzlich vorgeschriebene Qualität haben müsse, sondern schreibt ganz allgemein vor:

Si cuiuscunque cavallus super sepe aliena sallierit et palo transpuncta fuerit etc.

Dabei enthält sie aber die Milderung:

cuius sepis fuit medio pretio solvat.[87])

---

[85]) Wichtig ist die Hinzufügung der Worte: „ohne Einwirkung Dritter"; denn sobald ein Dritter die Thiere in den Zaun treibt, so fällt die Ersatzpflicht auf ihn: l. Rib. LXX, 5: Quod si quis in sepem vel in quocunquelibet periculo res alienas invitas minaverit, et ibidem interfectae vel debilitatae fuerint similis restituat, aut cum sex iuret, quod hoc non fecisset; ebenso l. Angl. et Wer. 60: Qui quadrupedia alterius in sepem cuiuslibet seu fossam minaverit, ibique vel mortua fuerint, vel damnum aliquod pertulerint, is, qui ea minaverit, damnum emendet. — L. Baiuw. XIV, 2: Si alter persona ipsum animal per vim sallire compellerit, solvat animal, qui iniuste eum in periculo mortis eiecit. — L. Sax. 60: Qui in fossam vel sudem acutam suae vel alienae sepis pecus quodlibet agitaverit ibique confixum vel cadens perierit, multam conponat. — Wilda: Strafrecht, S. 555; Stobbe: a. a. O. B. III; S. 378 bei Note 15; und Gaupp: R. der Thüringer, S. 414, 415.

[86]) L. Rib. LXX, 3: Quod si in sepem animal inpalaverit, et ipsi sepis mentonalis non fuerit dominus sepis seu interfectionem seu debilitatem rei culpabilis iudicetur; ebenso l. c. 4: Si autem virga de foris sepe incaute missa fuerit et aliquid interfecerit, solvatur. Vgl. weiterhin l. Baiuw. XIV, 1: Qui sepe damnum inferunt et huius vitii adsuescunt, si se in stipitem maculaverint introeundo vel exeundo et ibi mortui fuerint: si sepes legitime fuerit exaltatus id est mediocri staturae usque ad mammas nihil cogatur solvere sepis. — Vgl. Amira: Nordgerman. Obligationenrecht, S. 388.

[87]) Der Wortlaut des Citats ist der lex Alam. fragm. III, 20 entnommen. Abgeleitet ist hieraus l. Alam., lib. III, 104: Si quis cuiuscumque cavallus

Digitized by Google

Die lex Alam. steht demnach in dieser Stelle bezüglich der Generalisirung der Ersatzpflicht auf rein germanischem Boden, während andererseits die allgemein gehaltene Festsetzung des nur halben Ersatzes den anderen Quellen gegenüber eine befremdende Milderung in sich begreift.

Sehr spitzfindig erscheint uns auf den ersten Blick die von einigen leges aufgestellte Vorschrift, dass der Eigenthümer zwar für den Schaden, der durch nach aussen starrende Aeste oder Zweige seines Zaunes verursacht worden sei, haften müsse, dagegen frei von der Verantwortung sei, wenn dies durch einen nach Innen zu vorspringenden Pfahl od. a. m. geschehen wäre. Dem Gesetz liegt ohne Zweifel der Gedanke zu Grunde, dass der Eigenthümer nur für den Theil seines Zaunes verantwortlich sei, der mit der Aussenwelt in Verbindung steht, dagegen die innere Seite ungestraft dürfe verwildern lassen, da ja in der Regel nur er der Beschädigte sein würde.[88])

Andere unter diese Rubrik zu subsummirende Fälle sind das Stellen von Schlingen und Fallen zum Fangen wilder Thiere, das Legen von Fussangeln zur Abwehr von Feinden oder Raubthieren, das Graben von Brunnen und Aehnliches.

Die Casuistik ist hier eine sehr reiche; es folgen jedoch die Quellen nicht übereinstimmend demselben Principe, vielmehr sondern sich die Entscheidungen in dem oben angegebenen Sinne streng nach zwei verschiedenen Seiten hin. Es darf nicht verkannt werden, dass die meisten Bestimmungen bezüglich der Beschaffenheit der Zäune sowohl als auch bezüglich der Anlegung von Gräben und des Aufstellens von Schlingen, welche wir in den Volksrechten finden, eine Abweichung von dem germanischen Satze der allgemeinen Ersatzpflicht in sich begreifen, vielmehr erleidet das Princip des uneingeschränkten Ersatzes durch sie eine bemerkenswerthe Ausnahme, denn entweder trifft den dominus, welcher dem Gesetz zuwider seinen Zaun verwildern lässt oder Fallgruben an vielbegangenen Stellen des Waldes gräbt, der Vorwurf der bösen Absicht, oder es liegt in der Nichtbeachtung der diese Anlagen betreffenden Vorschriften eine zum Ersatz verpflichtende Fahrlässigkeit.

---

sepem alienam sallierit et de palam sepis transpunctus fuerit, cuius sepis est, solvat cum medio pretio.

[88]) So z. B. ed. Roth. 304: Si cavallus aut quislibet peculius in clausura alterius intus saliendum se inpalaverit, non reddatur ab ipso, cuius sepem est; und l. Rib. LXX, 4: Si autem de intus sepe se in virga inpalaverit, non est solvendus. Vgl. auch das „de palam" in l. Alam., lib. III, 104.

Digitized by Google

Was die Bestimmungen über die Zäune betrifft, so erklären sich diese Ausnahmen wohl am Besten dadurch, dass der Gesetzgeber trotz der Strenge des germanischen Anstandsgefühls Bedenken trug, einen Menschen, der vollständig das Gesetz erfüllt hatte, zum Ersatze eines Schadens, den sich ein fremdes lebendiges Wesen völlig unabhängig von einem Thun oder Lassen seinerseits zugezogen hatte, zu zwingen. Das Grundstück bedarf eines Zaunes, es kann im öffentlichen Interesse nur verlangt werden, dass derselbe so hergestellt und erhalten wird, dass die Gefahr einer schädigenden Wirkung nicht von vornherein gegeben ist. In derselben Weise rechtfertigt ed. Roth. 305, dass wenn Jemand

fossatum circa campum suum fecerit et cavallus aut alter peculius ibidem ceciderit, aut homo periclitaverit,

er nicht zur Rechenschaft gezogen werden solle:

quia pro salvatione campi sui fecit.[89])

Um so mehr Beachtung verdienen diejenigen Quellen, welche auch hier das germanische Princip consequent beibehalten haben, so besonders l. Saxon. 58:

---

[89]) Nur wenn Derjenige, der den Graben ausgeworfen hat, occulte eum cooperierit et damnum si factum fuerit, dann soll er den Schaden ersetzen. — Vgl. auch ed. Roth. 306: Si aliquid in puteo alterius ceciderit et mortuum aut debilitatum fuerit non requiratur, cuius puteus est, quia puteus aquae communis omnium invenitur esse.

Was die lex Burg. anlangt, so wird der Ersatz ausgeschlossen, wenn sich Jemand in einer puteo extra culturas et in desertis posita beschädigt (l. Burg. LXX); nach l. Burg. XLXI fällt die Haftpflicht desjenigen, der Wolfseisen stellt, nur weg, wenn er dem Nachbar die Lage der Fallen angezeigt hat, wird diese Vorsichtsmassregel versäumt, so haftet der Eigenthümer der Fallen unbedingt. Dasselbe Princip verfolgt l. Wisig. in lib. VIII, tit. IV, 23: Si quis in terris suis foveas, ut feras eisdem foveis comprehendat, aut laqueos vel arcus praetenderit, seu balistas in locis secretis vel desertis, ubi nulla via est, quae consueverit frequentari, nec ubi pecudum possit esse accessus: si alicuius animal per hanc occasionem, quae ad feras paratur, extinguatur aut occidatur, pecus, quod periit incautus venator exsolvat, quia quadrupes sibi cavere non potuit. Hat der Betreffende aber seinen Nachbarn Mittheilung von der Aufstellung der Fallen gemacht, so trifft ihn bei etwaigen Unglücksfällen keine Verantwortung. Beschädigt sich ein Fremder, der von der ergangenen Warnung nichts weiss, in dem Eisen, so muss der Eigenthümer derselben $^1/_3$ der Busse zahlen. — Berechtigt ist die Ausnahme in l. Wisig. lib. VIII, tit. IV, 22; hier vertheidigt sich der Eigenthümer des Weinbergs nur gegen den Dieb, der in seine Pflanzungen eingedrungen ist. Vgl. l. Wisig. lib. VIII, tit. IV, 22: S. quis sudes in vinea posuerit sive in campo propter feras et ibi aliquis dum facere tentare inciderit, culpae eius oportet adscribi, qui vulnus excepit, quod in rem alienam fraudulenter ingressus est. Vgl. Gaupp: Recht der Thüringer, S. 414—417; besonders 415, cap. 2. Dahn, a. a. O. S. 108, 146.

Digitized by Google

Si fossa vel laqueus ad feras capiendas praeparata damnum quodlibet fecerint a quo parata sunt, conponatur.

Ebenso die lex Angl. et Wer., welche in cap. 61 bestimmt:

Si homo laqueum vel pedicam vel quodlibet machinamentum ad capiendas feras in silva posuerit, ibique pecus vel iumentum alterius captum vel mortuum fuerit, qui machinamentum fecit, damnum emendet.[90])

Zweifelhaft kann die Auslegung bei der lex Rib. LXX, 3 scheinen. Während nämlich der erste Theil die Worte:

Si quis autem fossam vel puteum fecerit

enthält, schaltet die Fortsetzung ein „incaute" ein,[91]) welches, wenn wir es streng juristisch nehmen, die Sachlage völlig verändert und den Fall der Fahrlässigkeit in den Vordergrund drängt. Ich glaube, dass eine derartige Auslegung des „incaute" an dieser Stelle unrichtig sein würde; der Gegensatz zu dem von der lex Rib. LXX, 3 gebrauchten „si . . incaute posuerit . . culpabilis iudicetur" ist nicht: si caute posuerit . . nihil solvat, sondern der Gesetzgeber hat einen derartigen Gegensatz gar nicht im Sinne gehabt, und hat mit dem eingeschalteten incaute kein juristisches, sondern nur ein thatsächliches Verhältniss bezeichnen wollen, — dass nämlich eine Schlinge, welche ihrer Bestimmung gemäss nur zum Fangen der im Walde herumschweifenden jagdbaren Thiere bestimmt ist, überhaupt so ungeschickt oder an einem so unpassenden Orte gelegt worden ist, dass sich ein Mensch oder Hausthier darin hat verletzen können. Für eine Interpretation in diesem Sinne spricht einmal der ganze Character der lex Ribuarica, welche die altgermanischen strengen Sätze in vollem Umfange bewahrt hat, überdies aber der Vordersatz des in Frage stehenden Citates, welches keinen derartigen beschränkenden Zusatz enthält, obgleich das darin behandelte Verhältniss sich in nichts von dem des zweiten Satzes unterscheidet.[92])

---

[90]) Vgl. l. Saxon. 56, welche mit 58 im Wortlaute fast genau übereinstimmt.

[91]) . . . . seu pedica vel balista incaute posuerit et ibidem hominem vel pecus debilitaverit vel interfecerit, omnem conpositionem . . . . . . culpabilis iudicetur.

[92]) Anderer Ansicht ist Wilda, S. 580, der auf das incaute Gewicht legt, und darin eine „ganz veränderte Rechtsansicht" sieht.

Digitized by Google

II.

Wer haftet für Schadensersatz?

Nach dem allgemeinen Principe haftet Jeder nur für den von ihm verursachten oder verschuldeten Schaden; nur der Thäter ist verpflichtet, Rechenschaft abzulegen von seinem Handeln und für die Folgen desselben einzustehen. Vielfach aber sieht sich der Gesetzgeber gezwungen, von diesem Principe abzuweichen und einzelne Ausnahmen anzuerkennen. Kann der Beschädigte nicht sein Recht erlangen — sei es, weil der Thäter sich der Verfolgung durch die Flucht entzogen, oder sei es, weil der Verurtheilte nicht im Stande ist, die erkannte Geldsumme aus eigenen Mitteln zu entrichten — so wendet er sich zunächst an Diejenigen, mit denen der Uebelthäter durch die Bande der Familie oder durch ein Gewaltverhältniss verbunden ist. Sie erscheinen als mitbetheiligt an dem Verbrechen eines ihrer Angehörigen und sind verpflichtet, durch Sühnung der That den Makel, der gleichsam auf ihnen Allen ruht, zu beseitigen. Als selbstverständlich fassen wir es auf, wenn der Vater für die von seinen Kindern zu erfüllenden Verbindlichkeiten haftet;[93]) etwas Ueberraschendes hat es aber anfänglich für

---

[93]) Für die impuberes vgl. Stobbe: Privatr., Bd. III, S. 377; Wilda, a. a. O. S. 240 ff.; für die nordgermanischen Rechte vgl. Amira, nordgerman. Oblig.-R., S. 375. — l. Sal. XXIV, 5: Si vero puer infra XII annos aliqua culpa committat, fretus ei nullatenus requiratur. — L. Fris. add. sap. III. 70: Similiter et puer qui nondum 12 annos habet si cuilibet vulnus intulerit in simplo conponat (vgl. hierzu Note 32 und 33 in den Monum. Bd. III, pg. 690). — [Bei den Westgothen betrug nach l. Wisig., lib. II, tit. IV, 11 die Zeit der Kindheit 14 Jahre.] — Sachsenspiegel: II, 65, § 1: Slet ez (sc. das Kind) einen man oder belemet in, sin vormunde sal ez bezzern mit jenes weregelde, ab ez uf in volbracht wirt. —

Für Wahnsinnige ist nach ed. Roth. Niemand ersatzpflichtig; vgl. ed. Roth. 323: Si peccatis eminentibus homo rabosus aut demoniacus factus fuerit et damnum fecerit in hominem aut in peculium non requiratur ab heredibus et si ipse occisus fuerit simili modo non requiratur tantum est, ut sine culpa non occidatur. — Vgl. Wilda, a. a. O. S. 647 i. f. und 648. Sachsenspiegel, Landrecht III, 3: Uber rechten toren und sinnelosen man en sal man ouch nicht richten; swenne sie aber schaden, ir vormunde sal ez gelden.

Digitized by Google

unsere Begriffe, wenn, wie z. B. beim Wergeld, die ganze Familie des Mörders zur Zahlung mit herangezogen wird. Bedenken wir aber, dass im Falle der Tödtung eines Freien, wenn keine Zahlung stattfand, Jeder, der mit dem Mörder in verwandtschaftlicher Beziehung stand, Gefahr lief, der Rache der Anverwandten des Erschlagenen zum Opfer zu fallen, so verschwindet das Auffällige einer solchen Bestimmung. Es war der Wunsch des Gesetzgebers, unnöthiges Blutvergiessen zu verhindern, und andererseits das Interesse der Familie des Thäters selbst, welches eine derartige gesetzliche Anordnung veranlasste.[94])

§ 7. Haftung des Herrn für seine Leibeigenen.

Eine bedeutende Rolle spielt in den Volksrechten die Haftpflicht des Herrn für den von seinen Leibeigenen angerichteten Schaden.[95]) Der Knecht ist mit seinem Herrn unmittelbar verbunden; erst der Herr bildet das Glied, welches einen Zusammenhang des Leibeigenen mit dem Volke vermittelt,[96]) und ebenso wie der Herr bei einem Unrecht, welches seinem Sclaven widerfahren ist, die Stellung des Klägers einnimmt, so muss er auch eintreten, wenn es gilt, das Verbrechen seines Sclaven zu sühnen. Die Volksrechte betrachten auch die Ersatzpflicht des Herrn zugleich mit als eine Bestrafung desselben dafür, dass er seinen Sclaven nicht durch bessere Zucht oder Ueberwachung von der Begehung eines Verbrechens abgehalten habe. So enthält z. B. l. Baiuw. II, 5 die Bemerkung:

quia servo suo non contestaverit, ut talia non faceret;

oder VIII, 2 setzt hinzu:

pro eo quod servo suo disciplinam minime imposuit.

Es ist hervorzuheben, dass die Volksrechte trotz der Gleichstellung des Sclaven mit dem Hausthiere einen vollständigen verbrecherischen Willen des Sclaven anerkennen, und zwar zeigt sich dies darin, dass entweder der Sclave durch Leibesstrafen gezüchtigt wurde, oder dass für ihn eine Busse vom Herrn erlegt werden

---

[94]) Vgl. Wilda, a. a. O. S. 370 f.

[95]) Vgl. Stobbe: Privatr., Bd. III, S. 388; Wilda, a. a. O. S. 555 und 652 ff.

[96]) Gaupp drückt in seinem „Recht der Thüringer“ (zu tit. XVI „de delictis servorum) vorliegendes Verhältniss kurz durch folgende Worte aus: „die Hand des Sclaven gilt juristisch für die verlängerte Hand des Herrn“; S. 410.

Digitized by Google

musste; häufig wird beides verbunden.[97]) Sobald aber der Sclave auf das Geheiss seines Herrn handelte, so fiel die Verantwortlichkeit der That auf den Herrn, das Delict erschien als das des dominus, während der Sclave nur als das Werkzeug in der Hand des Herrn angesehen wurde.[98]) So bestimmt die lex Fris. I, 14:

Aut si servus hoc se iussu domini sui fecisse dixerit et dominus non negaverit, solvat eum sicut manu sua occidisset, sive nobilis, sive liber, sive litus sit.

In demselben Sinne spricht sich die lex Saxon. 50 aus:

Quicquid servus aut litus iubente domino perpetraverit, dominus emendet.

Ebenso enthält die lex Langobardorum Ausdrücke wie:

Et si cum iussione sui domini fecerit, domini repotetur culpa (ed. Roth. 241).[99])

---

[97]) Vgl. Stobbe: Privatrecht, Bd. III. S. 388 bei Note 6; Jastrow: Zur strafrechtlichen Stellung der Sclaven, S. 5. — L. Sal. XII, 2: Si vero quod valit XL dinarios furaverit, aut castretur aut sex solidos reddat. Dominus vero servi, qui furtum fecit, capitale et dilaturam requirenti restituat (vgl. l. Sal. XL, 4 (Diebstahl); l. Sal. XXV. 7 (Unzucht mit einer ancilla und darauf erfolgter Tod derselben); Si servus cum aliena ancilla mechatus fuerit et ex ipso crimine ancilla mortua fuerit servus ipse aut CCXL dinarios qui faciunt solidos VI domino ancillae reddat aut castretur. Jastrow: Zur strafrechtlichen Stellung der Sclaven, S. 15. — Die lex Rib. setzt Strafen an Leib und Leben für Unzuchtsverbrechen fest (34, 4; 58, 17); es überwiegen jedoch die für den Sclaven zu erlegenden Bussen; so z. B. c. 20, 21, 22. — L. Baiuw. I, 6 (Brandstiftung durch einen Sclaven): si servus est, tollatur manus eius et oculos eius, et amplius non videtur facere malum; dominus vero eius omnia similia restituat, quicquid in illo incendio arserit. — In der lex Frisionum werden beide Möglichkeiten, Bussen und Leibesstrafen, erwähnt; erstere z. B. III, 7, IX, 17, XVIII, 2; von einer Körperstrafe wird III, 7 und VIII, 2 (vapuletur) gesprochen. L. Fris. III, 7: Quod si servus in iudicio approbatus apparuerit vel confessus fuerit, quanti res quae allata fuerit, aestimabitur tantum dominus pro servo componat, et servus vapulet, nisi dominus quatuor solidis corium eius redimere voluerit. Bezüglich der Bestrafung der Sclaven in der lex Saxonum vgl. Jastrow, a. a. O. S. 11, Anm. 14. — l. Burg. IV, 4 (Beihülfe eines Sclaven zum Viehdiebstahl); LXIII, 2 (Diebstahl): si servus, dominus pro eo simplum solvat et servus 300 fustium ictus accipiat; LXXIII, 2: Ceterum si servus hoc facere praesumpserit ducentos fustis ictus accipiat et in potestate sit illius, cuius cavallus est, utrum ipsum recipere vellit. Quod si animal displicuerit, praestita, sicut dictum est, de servo ultione dominus cavallum eiusdem meriti cogatur exsolvere; l. Wisig., lib. VIII, tit. III, 10 (Verwahrung anvertrauter Thiere durch einen Sclaven): Si vero servus hoc sine iussu domini fecerat omne dampnum aut ipse aut eius dominus reddat et ipse servus sexaginta flagella suscipiat. — Ebenso l. Wisig., lib. VI, tit. IV, 11 (Tödtung eines Sclaven durch einen Leibeigenen); lib. VIII, tit. III, 1 und 2; 6 und 12: vgl. Anm. 105.

[98]) Wilda, S. 632.

[99]) Vgl. auch ed. Roth. 238. — L. Liutpr. 21. — Vgl. weiter l. Wisig.,

Digitized by Google

Ja die lex Langobardorum verallgemeinert sogar diesen Satz dahin, dass der Freie als der allein Schuldige auch dann gelten solle, wenn Sclaven in seiner Begleitung ein Delict begangen hätten.[100])

Auch dann galt der Herr als der Thäter, wenn er seinen Sclaven nicht binnen bestimmter Zeit dem Gerichte stellte; es heisst von ihm:

omnem repetitionem non quale servus, sed quasi ingenuus hoc admisit totam legem super se solviturum suscipiat (l. Sal. XL, 9 und 10).[101])

Was die andere mit einem Delict meist verbundene Seite, — die Verletzung fremden Gutes — anlangt, so war es wegen der Vermögenslosigkeit des Sclaven unmöglich, den Uebelthäter selbst zum Ersatze des Schadens zu verurtheilen; es blieb hier nur die Möglichkeit, den Herrn zur Ausgleichung des Verlustes heranzuziehen. Dies thun die Volksrechte auch in vollem Umfange; so begegnen wir z. B. in der lex Angl. et Werin. 50 dem Satze:

Omne damnum, quod servus fecerit, dominus emendet;[102])

oder in der lex Burg. IV, 2:

. . . et dominus servi ea, quae furto ablata sunt . . . . . simpla solutione reddat indempnem.[103])

Aehnlich l. Baiuw. I, 6 (Brandstiftung durch einen Sclaven):

dominus vero eius omnia similia restituat.[104])

---

ib. VIII, tit. I, 1: Hoc principaliter generali sanctione censemur, ut omnis ingenuus atque etiam libertus aut servus, si quodcunque inlicitum iubente patrono vel domino suo fecisse cognoscitur, ad omnem compositionem patronus vel dominus obnoxii teneantur.

[100]) Ed. Roth. 249: . . . . Et si servi dominum suum secuti fuerint, in compositione domini conpotentur; culpa enim dominus fecit, nam non servus, qui dominum suum secutus est. Ebenso die nordgermanischen Rechte; Amira, a. a. O. S. 392. — Vgl. l. Rib. XLI, 3 und hierzu das von Sohm, l. Rib., pg. 234, Anm. 85 Gesagte, und Jastrow, a. a. O. S. 21, Anm. 17.

[101]) Ebenso vgl. Decr. Childeb. 12 und hierzu Jastrow, a. a. O. S. 19, Anm. 17; und l. Liutpr. 84 i. f. — Interessant ist die Verschiedenheit der Fristen in der l. Sal. l. c. und dem Decr. Child. Chl. 5.

[102]) Vgl. auch l. Angl. et Werin. 58. — L. Saxon. 51 und l. Saxon. 18 (mit Bezug auf die Liten); Richthofen, zur lex Saxonum, S. 243 f. bei c. Dasselbe bestimmen die l. Angl. et Werin. 58 und die lex Saxon. 57 bezüglich des durch Thiere angerichteten Schadens.

[103]) LXX, 2; Hetzen eines Pferdes und l. Burg. XXVII, 5 (Beschädigung eines Zaunes): . . ita tamen, ut a domino servi dampnum quod admissum fuerat, conponatur.

[104]) Vgl. auch l. Wisig., lib. VIII, tit. III, 10: Si vero servus hoc sine iussu domini fecerat, omne dampnum aut ipse aut eius dominus reddat . . . .

Digitized by Google

Der Herr musste sogar auch dann Ersatz zahlen, wenn man den Sclaven tödtete, obgleich es gerechter gewesen wäre, in diesem Fall von einer Haftpflicht des Eigenthümers des Sclaven völlig oder wenigstens theilweise abzusehen, da ja derselbe einen Vermögensverlust durch die Tödtung seines Leibeigenen erlitt.[105])

Einzelne mittelalterliche Gesetzgeber scheinen auch ähnliche Bedenken gefühlt zu haben, und vertreten bei dieser Gelegenheit einen milderen Standpunkt, indem sie bestimmten, dass, wenn der Sclave mit dem Tode bestraft würde, sein Werth von der zu zahlenden Busse abgezogen werden sollte.[106])

Einen anderen Weg, der aber von derselben Ueberlegung gewiesen wird, schlägt die lex Salica ein, indem sie festsetzte, dass der Herr in solchem Falle seinen Leibeigenen auszuliefern habe, worauf sich die vom Richter auferlegte Geldleistung bis zur Hälfte verringerte.[107]) Da hier von dem Werthe des betreffenden Leibeigenen vollkommen abgesehen wurde, war es möglich, dass der Eigenthümer desselben bei der Erfüllung seiner Haftpflicht einen geringeren Vermögensverlust erlitt, als bei dem von den baierischen und langobardischen Gesetzen angewandten Verfahren.

Aehnlich wie sich im römischen Recht der Eigenthümer des

---

und weiter l. Wisig. lib. VI, tit. IV. 11; tit. V, 20; lib. VIII, tit. II, 23 (Tödtung eines Thieres durch einen Sclaven); lib. VIII, tit. I, 6 (Diebstahl); tit. II, 2; tit. III, 2, 5, 10 u. s. w.

[105]) Vgl. Stobbe an der Anm. 97 citirten Stelle. L. Liutpr. 64: Hoc enim rectum esse nobis paruit de his servis, qui in furtum comprehendantur unde in anteriore edicto legitur, quod aut occidatur aut redemat eum dominus suus solidis 40 . . . ipse vero dominus eius conponat sicut edictum continet ei, cui ipsum furtum factum fuerit. Ebenso l. Burg. Gundeb. IV, 2: Si vero servus furtum fecerit ipse tradatur ad mortem: et dominus servi ea, quae furto ablata sunt, de suprascriptis animalibus, eaque inveniri non possunt, secundum formam pretii constituti eum, qui perdidit, simpla solutione reddat indempnem. — L. Baiuw. II, 5: Si servus hoc fecerit, capitale crimen subiaceat; dominus vero eius omnia similia restituat etc.

[106]) Vgl. ed. Roth. 142: . . . tunc dominus servi vel ancillae ipsum hominem in integrum conponat, si tamen ut servus aut ancilla in ipsa conpositione pro quantum adpretiatus fuerit ad occidendum tradatur etc.; l. Grim. 3 bestimmt die allgemeine Ersatzsumme von 60 Solidi für den Herrn im Falle der Hinrichtung seines Sclaven; vgl. auch l. Liutpr. 125. — Vgl. l. Baiuw. VIII, 2a und VIII, 9 (Unzucht mit einer Freien). — Vollständig wird bei der Tödtung des Sclaven von einer Ersatzpflicht des Herrn in l. Wisig. lib. VIII, tit. II, 1 i. f. abgesehen: Et si componere dominus pro servo noluerit, tradatur servus ad poenam, ut supplicio capitali admissa persolvat.

[107]) L. Sal. XXXV, 5; vgl. unten bei der Tradition des Sclaven an den Beschädigten (Anm. 108).

Digitized by Google

Sclaven oder Thieres, welche eine Beschädigung fremden Hab und Gutes herbeigeführt hatten, durch noxae datio von der Verpflichtung zur Busszahlung befreien konnte, so kannte auch das deutsche Recht eine derartige Möglichkeit und gestattete dem Herrn, durch Uebergabe seines Sclaven in das Eigenthum des Beschädigten jede weitere Busszahlung abzuwenden.[108]) Andererseits war es dem Herrn nicht erlaubt, sich durch Freilassung des Sclaven von der Haftverbindlichkeit für die Delicte desselben zu befreien, denn damit wäre dem Beschädigten jede Möglichkeit, zu seinem Rechte zu gelangen, entzogen gewesen; es ging diese Haftpflicht des Herrn sogar so weit, dass derselbe selbst für die von seinem Leibeigenen auf der Flucht verübten Delicte zum Ersatz, wenn auch nur zum theilweisen, herangezogen werden konnte. Man nahm also an, dass das Band, welches Herrn und Sclaven aneinander kettete, durch die Flucht des Letzteren nicht zerrissen, sondern nur gelockert werde. Kehrte der Sclave in die Gewalt seines dominus zurück, so trat natürlich die Verbindlichkeit desselben dem Verletzten gegenüber wieder in vollem Masse hervor, und nur die Tradition des Uebelthäters konnte den Herrn befreien.[109])

Einige Volksrechte, wie z. B. die lex Saxonum, sprechen den Herrn, wenn sein Sclave nach der That entfloh, von einem Ersatz des Schadens frei, sobald derselbe mit 12 Eideshelfern seine Unkenntniss von dem Delicte seines Leibeigenen beschwören konnte;[110]) in denjenigen Volksrechten, welche hierüber eine directe Bestimmung

---

[108]) Vgl. Stobbe: Privatrecht, Bd. III, S. 389, Anm. 7. L. Alam. Hloth. XXX, 2: Si alienus servus hoc in curte duci fecerit, dominus eius aut redimat, quod valet, aut ipsum reddat. — L. Baiuw. VIII, 9 (Unzucht mit einer Freien). — L. Saxon. 18; vgl. hierzu Richthofen: a. a. O. S. 243 und 244; l. Burg XXI, 2: Quicunque vero servum suum aurificem, argentarium . . . in publicum ad tributum artificium exercere permiserit et id quod ad faciendam operam a quocunque suscepit fortasse everterit, dominus eius aut pro eodem satisfaciat aut servi ipsius si maluerit faciat cessionem. Im ed. Roth. 125 wird bestimmt, dass der Herr sowohl die Busse für den Sclaven zahlen, als auch den Uebelthäter dem Verletzten ausliefern solle; l. Wisig. lib. VII, tit. II, 9, 14 und 20: quod si componere noluerit iuxta crimen ad missum servum ad pro dampno aut pro supplicio tradat; lib. VII, tit. III, 6; lib. VIII, tit. II, 1 und 2; tit. III, 5; tit. IV, 21 i. f.; tit. VI, 3. — Vgl. auch Pact. Childeberti Chl. c. 5: Et si dominus servum non praesentaverit, legem unde inculpatur conponat et cessionem de servo faciat, und l. c., c. 12.

[109]) Ed. Roth. 256: der Herr muss medietatem pro ipsam rem, welche sein Sclave auf der Flucht gestohlen hat, bezahlen; nimmt er den Flüchtling wieder auf — tunc de quantum tulit tantum dominus eius integrum reddat; — l. Sax. 53: Si servus iterum ad domino receptus fuerit, multam pro illo con-

Digitized by Google

nicht enthalten, muss ein derartiger Fall zu Gunsten oder Ungunsten des Herrn entschieden werden, je nachdem eine Haftpflicht desselben unter allen Umständen oder nur bei wissentlicher Theilnahme von seiner Seite angenommen wird.

§ 8. Haftung für Thiere.

In derselben Weise, wie der Herr für die Vergehen seines Leibeigenen verbindlich gemacht wird, bestimmen die Volksrechte auch eine Haftung bei der Beschädigung fremden Eigenthums durch Thiere. Im Allgemeinen weichen die hier aufgestellten Grundsätze von dem im vorigen Abschnitte Behandelten nur wenig ab. Sclaven und Hausthiere werden so auf eine Stufe gestellt [111]), dass die Principien, die bei den Einen in Anwendung kamen, sich ohne Mühe und grosse Abänderungen auf die Anderen übertragen liessen.

Die gesetzlichen Bestimmungen über Weidegerechtigkeit, Ueberwachung des Viehes, Beschädigung fremder Saatfelder u. a. m. nehmen in den mittelalterlichen Codificationen einen verhältnissmässig sehr bedeutenden Raum ein; bestand doch der Reichthum des Volkes hauptsächlich in Feld und Viehheerden, und war doch überdies, was nicht zu übersehen ist, der Kreis derjenigen, welche in jenen Zeiten von den Gesetzen über die hierauf bezüglichen rechtlichen Verhältnisse berührt wurden, ungleich grösser als in der Gegenwart. Jeder Freie besass damals seinen Acker und seinen Viehstand, sodass es geradezu für die Bewahrung des allgemeinen Volksfriedens erforderlich war, nach dieser Seite hin durch detailirte Gesetze

---

ponat. Berechtigt ist die Ausnahme in lex Wisig., lib. IX, tit. I, 17: Si vero damnum aut quodcunque crimen isdem fugitivus (servus) admisisse convincitur, ille conponat, qui latebras ei praebuisse convincitur.

[110]) Vgl. l. Sax. 52: Si servus perpetrato facinore fugerit ita, ut a domino ulterius inveniri non possit, nihil solvat. Si domino factum servi imputetur quasi consentiret, sua duodecima manu iurando se purificet (vgl. hierzu Richthofen, a. a. O. S. 244). Anders l. Grim. 3: Et si ipse servus fuga lapsus fuerit et non potuerit dominus eius eum invenire, det pro ipso servo qui fugam petiit, aut se dilatavit, solidos viginti etc.; ebenso l. Burg., tit. II, 5: Si servus ipse post factum defuerit, dominus eius pro pretii servi 30 solidos parentibus occisi cogatur exsolvere. vgl. Amira, a. a. O. S. 393, bei 3. — Für beide Anmerkungen vgl. Stobbe, a. a. O., S. 389, Note 8—10.

[111]) Dies drückt sich z. B. aus in l. Sal. XI, 1: Si quis servo aut cavallo vel iumentum furaverit Malb. alfalchio hoc est MCC dinarios, qui faciunt solidos XXX culpabilis iudicetur. — „Knechtsdiebstahl ist Kuhdiebstahl.“ Gengler: german. Rechtsdenkmäler, S. 41, Anm. 15.

Digitized by Google

einen besonders strengen Schutz auszuüben.[112]) Die gesetzlichen Anordnungen über die Beschädigung durch Thiere, und die hieraus resultirende Ersatzpflicht des Eigenthümers derselben sind in den einzelnen Volksrechten mit grosser casuistischer Genauigkeit getroffen, weisen aber doch vielfach einen einheitlichen Grundgedanken auf, sodass eine Uebersicht wenigstens einigermassen herzustellen ist. Besonders ist zwischen wilden Thieren und solchen, die gezähmt in Haus und Hof leben, zu unterscheiden.[113])

Die ersteren sind Niemandes Eigenthum, es kann also Niemand für den Schaden, den eins derselben bei seinem freien Umherstreifen anrichtete, verantwortlich gemacht werden. Sobald aber fremde Einflüsse auf ein solches wild lebendes Thier einwirken, sobald der Jäger seine Ruhe stört, hört es auf, für völlig frei zu gelten; es tritt dann gleichsam in nähere Beziehung zu dem, von welchem es in Aneignungsabsicht verfolgt wird. Der Jäger ist in Folge dessen auch verbunden, den Schaden, den ein so gehetztes Wild anrichtet, zu ersetzen; seine Ersatzpflicht dauert jedoch nur so lange, als er oder seine Hunde sich auf der Fährte des gehetzten Thieres befinden.[114]) Auch dann wird der Jäger von einer Vergütung freigesprochen, wenn sich ein Dritter von Erwerbsbegierde getrieben dem gehetzten Thiere entgegenwirft, und hierbei irgend welchen Schaden erleidet; in diesem Falle hat der Verletzte sich allein sein Unglück zuzuschreiben.[115])

---

[112]) Vgl. z. B. l. Burg. Gundeb. extravag. (106, 2): . . . ut ad utilitatem et quietem omnium debeat pertinere.

[113]) Vgl. Stobbe: Privatrecht, Bd. III, S. 401 ff. — Wilda, a. a. O. S. 588 ff.

[114]) Vgl. Stobbe, a. a. O. S. 402 bei Anm. 3 und 4. ed. Roth. 309: Si qua fera ab homine plagata fuerit et in ipso furore hominem occiderit aut quodlibet damnum fecerit, tunc ipse, qui plagavit, ipsum homicidium aut damum conponat, sub ea videlicet observatione, ut tamdiu intellegatur culpa venatoris, quamdiu eam secutus fuerit aut canis ipsius. Nam si ipsa fera postposuerit et se ab ea turnaverit posteaque fera ipsa damnum fecerit, non requiratur ab eo, qui plagavit aut incitavit. Das bei ed. Roth. 309, 1 Gesagte gilt auch wenn ein in einer Falle oder Schlinge gefangenes wildes Thier fremdes Eigenthum oder einen fremden Menschen beschädigt hat; vgl. ed. Roth. 310: Si in pedica aut in taliola fera tenta fuerit et in hominem aut in peculium damnum fecerit, ipse conponat, qui pedica misit.

[115]) ed. Roth. 311: Si quis super fera ab alio plagata aut in taliola tenta aut a canibus circumdata iter suum postponens volens eam lucrari, super ipsam se miserit et ab ipsa plagatus fuerit aut occisus, non requiratur ab eo, qui plagavit aut incitavit, sed suae culpae et audaciae repotit, qui cum autoritate lucrandi animo super eam misit.

Digitized by Google

Anders werden nach den Volksrechten Beschädigungen, welche gezähmte Thiere herbeiführen, beurtheilt; hier wird der Eigenthümer verantwortlich gemacht, mag ihn eine Schuld treffen oder nicht.

Als vollkommen natürlich erscheint es, wenn der Herr zur Haftung verpflichtet ist, sobald ihm eine Schuld der herbeigeführten Beschädigung vorgeworfen werden kann, — sei es, dass er die bösen Eigenschaften seines Thieres kannte, z. B. bei einem bissigen Hunde oder Pferde,[116]) oder sei es, dass er sich eine Nachlässigkeit in der Beaufsichtigung des Thieres zu Schulden kommen liess.

Für die unbedingte Haftung des Eigenthümers aber, welche die meisten Volksrechte, wie z. B. lex Langob., l. Angl. et Wer., l. Alam. und l. Saxon. vertreten, mag der Grund darin zu suchen sein, dass bei einem unvernünftigen, aber willensfähigen Geschöpfe,[117]) welches in der Mitte zwischen dem denkenden Menschen und der leblosen Sache steht, einmal der Beweis, ob und wie weit eine Schuld des Herrn anzunehmen sei, vielfach ungemein erschwert, oft wohl völlig unmöglich ist, andererseits aber ist nicht ausser Acht zu lassen, dass bei den durch Thiere verursachten Verletzungen lediglich der Herr es ist, welcher zur Rechenschaft gezogen werden kann, während bei einem durch den Sclaven verübten Delicte noch ein selbständig denkendes Wesen vorhanden ist, welches für sein Handeln verantwortlich gemacht werden kann.[118])

---

[116]) Stobbe, a. a. O. S. 406, No. 4: Dereliction befreit nicht. — [l. Burg. Papian. XIII, 2: saevus canis; XIII, 3: rabiosus equus]. l. Wisig. lib. VIII, tit. IV, 16: . . Si quis bovem aut taurum vel quemcunque quadrupedem noxium habuerit aut vitiosum, eum antequam noceat alicui, non moretur occidere. Quod si de vitio quadrupedis ex vicinorum contestatione cognoverit et postea eum reservaverit aut paverit vel distulerit occidere, ac postea alicui mortem aut debilitationem sive vulnus intulerit, iuxta hanc legem componere non moretur etc. l. Wisig., lib. VIII, tit. IV, 17: bovem aut aliud animal nocuum vel vitiosum etc.; tit. IV, 20: canis dampnosus. Vgl. CCC, Art. 136; analog l. 2 § 1 D: si quadrupes 9, 1 oder § 1, I: si quadrup. 4, 9; l. 40—42 D. de aed. ed. 21, 1 (die letzten Stellen normiren Privatstrafe; actiones populares) — Kein Ersatz für ein rasendes Thier; vgl. ed. Roth 324; ebenso kein Ersatz, wenn der Verletzte durch Reizen des Thieres den Schaden sich selbst zuzog. Vgl. l. Wisig. lib. VIII, tit. IV, 18: Si quis vitiosum bovem aut canem vel aliud animal contra se irritatum concitaverit quidquid passus fuerit, culpae eius, qui hoc pertulerit, oportet adscribi. — Dahn, a. a. O. S. 108.

[117]) Die nordgermanischen Rechte sprechen von einem oqueþins vitr = „redelosem Wicht“ oder oviti = „unvernünftigem Wesen“. Amira, a. a. O. S. 396.

[118]) Vgl. Stobbe, Bd. III, S. 402 bei Note 3 und 4; Wilda, a. a. O. S. 555 und 588.

l. Sal. em. X, 8: Si alicuius porci aut quaelibet pecora pastore custodiente in messem alienam concurrerint et ille negando fuerit convictus DC din., qui fac. sol. XV culpab. iudicetur excepto capitale et delatura; l. Sal. XXXVI;

Digitized by Google

Eine Ausnahme wurde, was die Verletzung von Menschen anbetrifft, bei Hunden gemacht, da man hier annehmen mochte, dass der Verletzte durch Reizung des Thieres sich selbst den Schaden zugezogen hatte. So sprechen l. Alam. Pact. III, 17 und l. Baiuw. XX, 9 von einer Zahlung der halben Summe, während l. Burg. XVIII und l. Wisig., lib. VIII, tit. IV, 49 von einer Ersatzpflicht des Herrn völlig absehen.[119])

Im Gegensatz zu dieser von den eben angeführten Volksrechten vertretenen Ansicht enthalten einige leges, z. B. die lex Frisionum eine mildere Auffassung. Wenn auch die Herabsetzung der Ent-

— ed. Roth. 325; De quadrupedia si in hominem aut in peculium damnum fecerit, ipse componat damnum, cuius fuerit peculius. Vgl. auch ed. Roth. 326. 328. 331, Spezialbestimmungen ed. Roth. 343. (Schaden durch ein fremdes Pferd); ed. Roth. 346 (Beschädigung eines fremden Stalles); ed. Roth. 344 (Schweine auf fremder Weide); l. Liutpr. 137. — l. Rib. XLVI, 1: Si quis quadrupes hominem occiderit, ipse quadrupes, qui eum interfecit in medietatem suscipiatur et alienam medietatem dominus quadrupedis solvere studeat absque fredo; l. Angl. et Wer. 52: Si quadrupes damnum quodlibet fecerit, possessor pro qualitate damni vel conpositionem solvat vel sacramentum iuret (u. Anm. 121 i. f.). Vgl. hierzu Gaupp: R. der Thüringer, S. 397 f. — l. Alam. 76, 2 (Beschädigung eines Ackers oder eines Weinbergs; l. Alam. 103, 1 (Tödtung durch Thiere); — l. Saxon. 57: Si animal quodlibet damnum cuilibet intulerit ab eo, cuius esse constiterit conponatur excepta faida; vgl. hierzu Richthofen, a. a. O. S. 241 und 242; — l. Burg. Gund. XXIII, 1 (Beschädigung der Felder durch Thiere; LXIV (ähnlich wie XXIII, 1); LXXXIX, 4 (Beschädigung eines Weinbergs durch Thiere). Bei Verwundung von Menschen verwirft die l. Burg. XVIII die Haftung des Eigenthümers der Thiere; die lex Wisig. macht nur bei Hunden eine Ausnahme (vgl. in derselben Anm. 119). [Zur l. Burg. Gund. vgl. die Stellen aus l. Burg. Papian. XIII, 1: Si animal cuiuscunque damnum intulerit aut aestimationem damni dominus solvat aut animal cedat; quod etiam de cane bipede placuit observari; vorliegende Stelle beruht auf Pauli Sentent., lib. I, tit. XV, § 1. — Ebenso l. Burg. Pap. XIII, 2 und 3 (wer ein krankes Thier unter eine fremde Heerde lässt, muss den Schaden, welcher durch eine so verschuldete Ansteckung entsteht, ersetzen) l. Wisig., lib. VIII, tit. III, 11. 13. 15 (Thiere in vinea, messe, prato vel horto); l. Wisig. lib. VIII, tit. IV, 12 (citirt im Text bei Anm. 125) und l. Wisig., lib. VIII, tit. VI, 2 (Si damnum faciant apes etc.) Für die nordgermanischen Rechte vgl. Amira, a. a. O. S. 397 ff.

[119]) l. Wisig., lib. VIII, tit. IV, 19: Si aliquem canis momorderit — domino canis nil calumniae moveatur: si tamen eum canem ut morderet non irritasse cognoscitur. vgl. l. c., tit. IV, 18. Vgl. hierzu Stobbe, Bd. III, S. 402 bei Note 8; Wilda, S. 592 und Dahn: westgothische Studien, S. 108. A. M. die lex Langobardorum ed. Roth. 326: si cavallus cum pede . . . aut si canis morderit excepto ut supra si rabiosus sit (ed. Roth. 324) ipse conponat homicidium aut damnum, cuius animales fuerit u. s. w.; vgl. auch ed. Roth. 331. — Uebereinstimmend der Sachsenspiegel, Landr. II. Art. 40, § 1, wo der „hunt" dem „phert oder ochsen oder wilcherhande vihe ez si" in jeder Beziehung gleichgestellt wird. — Vgl. u. Anm. 127.

Digitized by Google

legungslos an dem einmal aufgestellten Principe fest, sondern erkannten recht wohl Fälle an, in denen das „omne damnum, quod servus fecerit, dominus emendet“ nicht am Platze gewesen sein würde, in denen vielmehr der Geschädigte mit seiner Klage an einen Dritten verwiesen werden konnte. Dies war der Fall, sobald fremde Einflüsse, wenn auch nur vorübergehend, auf Sclaven oder Thiere einwirkten. Hier war es nicht mehr der dominus, den die Verantwortlichkeit für das Thun und Lassen seines Eigenthums traf, sondern die Haftverbindlichkeit ging auf den Dritten über, dessen Einwirkungen man den angerichteten Schaden zuschreiben musste.

Wer einen fremden Sclaven zur Begehung eines Delictes aufforderte, übernahm damit die Verbindlichkeit für die Folgen der That einzustehen,[126]) und konnte ohne Weiteres von dem Verletzten zur Ausgleichung des erlittenen Verlustes herangezogen werden, ebenso wie Derjenige, welcher fremdes Vieh in die Felder seines Gemeindegenossen trieb, oder einen fremden Hund auf Menschen oder Thiere hetzte.[127])

Auch bei Uebergabe des Sclaven oder Thieres an einen Anderen, sei es zum Zwecke der Benutzung, Sicherstellung oder auch nur zur Aufsicht, tritt für die Zeit, innerhalb deren dem eigentlichen dominus der Besitz seines Eigenthums entzogen ist, die Verbindlichkeit desselben in den Hintergrund. Deponirt Jemand sein Eigenthum bei einem Dritten, so thut er das in der Absicht, um von der Aufsicht des betreffenden Thieres oder dergl. für eine gewisse Zeit befreit zu sein; die custodia durch den Depositar ist der Hauptzweck und desshalb eine Haftung desselben völlig berechtigt.[128])

„aut“ ein „et“, wodurch der Sinn der Stelle völlig verändert wird; die von Sohm aufgeführten Codices haben sämmtlich „aut“. — vide oben die bei Anmerkung 108 citirten Stellen und Stobbe Bd. III, S. 404 bei Note 3.

[126]) Vgl. Wilda, S. 631 f., l. Baiuw. IX, 6: Si quis alienum servum ad furtum suaderit . . . et fraus detecta per investigationem iudicis, dominus nec servum perdat nec aliquid damni pro compositione faciat, sed ille, cuius conclusione crimen admissum est tamquam fur damnatur etc. Entnommen ist diese Stelle der l. Wisig., lib. VII, tit. II, 6; vgl. auch l. Wisig., lib. VIII, tit. I, 6 und l. Burg. Gundeb. XCI; l. Sal. XXVIII, 1 und 2 spricht allgemein vom Dingen eines Menschen zu einem Verbrechen.

[127]) Vgl. ed. Roth. 322: Si quis canis alienus clamaverit aut incitaverit et damnum fecerint in hominem aut peculium, non repotetur illi culpa cuius canis sunt, sed ille, quis eos incitavit. — Vgl. hierzu Stobbe, Bd. III, S. 403 bei Note 5.

[128]) Allgemeine Regeln in l. Rib. LXXII, 4: Si autem servus aliquid culpae commiserit, dum intertiatus est, ipse de hoc culpabilis iudicetur, qui eum eo tempore retinuit. — Stobbe, Bd. III, S. 389 bei Note 8. — Amira, nordgerm. Obligationenr., S. 393.

Digitized by Google

Lieh Jemand sein Thier einem Dritten, so verlor er damit für gewisse Zeit die Verfügungsgewalt über dasselbe und die Vortheile der eigenen Benutzung; es wäre deshalb dem Gerechtigkeitsgefühl widerstrebend gewesen, wenn der Commodant aus seinem Bestreben, einem Anderen sich gefällig zu erweisen, noch pecuniär geschädigt werden sollte.[129])

Nicht dem Rechtsgefühle entsprechend erscheint mir desshalb die Entscheidung der l. Liutpr. 137, wonach bei der Tödtung eines Kindes durch das Füllen eines geliehenen Zugpferdes der Eigenthümer $^2/_3$ der Busse zu tragen hat.[130]) Der Gesetzgeber bezieht sich zwar hierbei auf den allgemeinen Satz des ed. Roth. 326 zurück, demgemäss der Herr den Schaden, der von seinem „cavallus cum pede" angerichtet wäre, zu ersetzen habe, — die Sachlage ist aber in diesem Falle eine völlig veränderte und erfordert eine andere Beurtheilung. Jedenfalls entspricht die zu Tage tretende strenge Verfolgung des Princips nicht den Anforderungen des öffentlichen Verkehrs; denn welcher Eigenthümer würde sich herbeilassen, sein Zugthier einem Anderen zu leihen, wenn er in Sorge sein müsste, durch ungeschickte Führung von Seiten des Entleihers einen Vermögensverlust zu erleiden?[131]) Liutprand's Entscheidung steht auch völlig vereinzelt da, alle anderen Volksrechte enthalten dem Principe entsprechendere Bestimmungen; so z. B. die lex Wisig. in lib. V, tit. V, 2 i. f.:

> Si vero praestitum animal alicui aliquid debilitatis intulerit vel dampnii, ille componat, qui id apud se susceptum habuisse dinoscitur.[132])

---

[129]) Es ist dies eine Forderung des strengen Rechts, und nicht, wie sich Gaupp (Recht der Thüringer, S. 399) ausdrückt, nur eine Entscheidung der „Billigkeit."

[130]) L. Liutpr. 137: Item perlatum nobis est, quod quidem homo praestitit iumentum suum alteri homini ad victuram et pollenus indomitus secutus fuissit ipsam matrem suam. Dum autem per viam ambolavit ille, qui eam ad sovecto acceperat contegit ut infantis in quodam vico stantis ipse pollenus de calcem percussit unum ex ipsis et mortuus est . . . ita prospeximus cum nostris iudicibus ut duas partes precii qualiter ipse infans valuerit, conponat ille, cuius pollenus fuit, tertia conponat ille, cui ipsum iumentum prestitum fuerat etc.

[131]) Eine Berufung darauf, dass nicht das Füllen, sondern das Mutterthier geliehen sei, ist ebenfalls unstatthaft, da auch für die Pertinenzen des übernommenen Gegenstandes gehaftet werden muss.

[132]) Vgl. oben Anm. 57—59. — Stobbe: Vertragsrecht, S. 264. ed. Roth. 327: Si quis praestitum aut conductum cavallum aut bovem aut canem aut quodlibet animal habuerit et dum in ipso beneficio aut conductura est damnum fecerit non requiratur proprio domino, sed ille, qui praestitum post

Digitized by Google

Wurde der Entleiher selbst von dem geliehenen Thiere beschädigt, so konnte er von dem Eigenthümer desselben nichts fordern, „weil er sich den Schaden eigentlich selbst hätte vergelten müssen.“ [133])

Anders ist es bei der Verpfändung eines Sclaven oder eines Thieres. Die Trennung in das gesetzte und genommene Pfand tritt hier weit einflussreicher auf als oben, wo es sich um die Haftung für Beschädigung des tradirten Objects selbst handelte. Warum die Gesetzgeber hier diesen Unterschied so stark betonten, warum sie in diesem Falle völlig veränderte Entscheidungen trafen, je nachdem das erstere oder letztere Verhältniss stattfand, erscheint allerdings wunderbar, da ja im Grunde genommen der Gedanke derselbe, nämlich die Ueberlegung ist: wer trägt die Gefahr während des bestehenden Pfandverhältnisses?

Bei dem freiwillig gesetzten Pfande mochte man von der Annahme ausgehen, dass der Schaden, welchen z. B. ein zum Pfande gegebenes Hausthier, ohne gereizt zu sein, fremdem Eigenthume zufügte, durch eine Art Characterfehler bedingt werde, — und deshalb die Haftverbindlichkeit des Verpfänders über die ganze Dauer des Schuldverhältnisses ausdehnen. Dieser Gedanke fiel bei dem eigenmächtig genommenen Pfande weg; hier hatte es sich der Gläubiger allein zuzuschreiben, wenn ihm bei der selbständigen gewaltsamen Aneignung eines Thieres, welches seine Forderung sicher stellen sollte, zufällig ein bösartiges in die Hände fiel. Vielleicht soll die strenge Haftpflicht des Gläubigers in diesem Falle ein Gegengewicht für sein eigenmächtiges Handeln, mit welchem er das freie Verfügungsrecht des Eigenthümers bei Seite schiebt, bedeuten. Eine Bestätigung dieser Annahme kann darin gefunden werden, dass nach der l. Alam. die gleiche Folge bei der rechtswidrigen Pfändung eintrat.[134a]) Auch bei der erlaubten eigenmächtigen

---

se habuit ipse homicidium aut damnum componat. — Entsprechend die Leihe von Sclaven seitens der Frau an ihren ins Feld ziehenden Ehemann in l. Wisig. lib. IV, tit. II, 15.

[133]) Wilda, a. a. O. S. 556. — l. Fris. add. sap. X, 2: Quod si caballus qui praestitus erat ipsum qui illum habuit, calcibus percussit aut forte occidet nullus eum solvat. — Dieselben Grundsätze bei geliehenen leblosen Gegenständen; z. B. ed. Roth. 307: Si quis alii armam suam simpliciter prestaverit et ille, qui acceperit, aliquid mali cum ipsa fecerit, non requiratur illi culpa, qui prestitit, sed ei, qui malum cum ea penetravit etc.; ebenso ed. Roth. 308 und l. Fris. add. sap. III, 69. — Vgl. Wilda, S. 625 f.

[134a]) L. Alamann. 89, 1: Si quis pignus tulerit contra legem aut servum aut equum, postquam illum in domum suam duxerit et ille servus ibi hominem occiderit aut ille equus aliquid damnum fecerit, ille damnus ad illum pertineat qui illus pignus contra legem tullit non ad hominem, cuius pignus fuit.

Digitized by Google

Pfandnahme sollte der Pfänder, wie er aus eigener Machtvollkommenheit sich zu seinem Rechte half, so in vollem Umfange für die Wirkungen seiner Handlung einstehen. So enthält die lex Frisionum in den add. sap. IX, 1 die Bestimmung:

Si quis in pignus susceperit aut servum aut equum et ille servus aliquod damnum ibi fecerit ad illum pertineat, cuius servus est, non ad eum, qui illum in pignus suscepit.[134b])

Ihr gegenüber steht l. c. XI, 2:

Si vero quislibet servum alterius per vim sustulit pignoris nomine, quod pant dicunt et ille damnum aliquod ibi commiserit, ille, qui eum sustulit, pro damni qualitate mulctam cogatur exsolvere.[135])

Eine besonders interessante Bestimmung enthält ed. Roth. 252: Wenn nämlich der Pfandeigenthümer nicht innerhalb 20 Tagen sein Pfand einlöst, so muss er für den Schaden haften, den dasselbe von dem Momente des Ablaufs dieser Zeit anrichtet; während der Dauer der 20 Tage muss Derjenige, welcher das schadenstiftende Thier gepfändet hat, dafür aufkommen.[136])

[134b]) Vgl. oben bei Anm. 60—73; besonders Anm. 61, 65—67. Stobbe: Vertragsrecht, S. 264; Meibom: Pfandrecht, S. 365 f.; Stobbe: Privatrecht, Bd. III, S. 404 bei Anm. 10. — L. Alam. LXXXIX, 2: Si dominus voluntarie pignus dederit per aliqua re alicuius, et ille pignus, quando datus est, ibi aliquid damnum fecerit, dominus eius, qui dedat pignus, damnum, quod factum est, similem restituat.

[135]) Stobbe: Vertragsrecht, S. 264; Stobbe: Privatrecht, S. 404 bei Anm. 11; Gaupp: R. der Thüringer, S. 212 f. — Vgl. l. Alamann. 89, 1 (citirt in Anmerkung 134a). Jedenfalls ist auch in der Stelle Liutpr. 110 von einem genommenen Pfande die Rede: Si quis servum alienum aut ancillam loco pignoris tenuerit et furtum aut homicidium vel quodlibet malum fecerit, non repotetur proprio domino, nisi ei qui eum tenuit, quia posteus eum pro devitum suum conpraehindit sic custodire devit, ut aliquo malo facere non possit.

[136]) Dieselben Bestimmungen trifft das ed. Roth. über die Haftpflicht des Pfandgläubigers bei Werthminderung oder Untergang des Pfandobjects. Vgl. oben Anm. 66.

Digitized by Google

III.

In welcher Weise findet ein Ersatz statt?

Am Kürzesten ist die dritte Frage, die wir uns gestellt haben, zu beantworten. Es handelt sich hier nicht um die Aufsuchung des juristischen Gedankens, der in den einzelnen Gesetzesstellen enthalten ist, sondern in der Hauptsache nur um eine Zusammenstellung und Erläuterung der Ausdrücke, deren sich die Quellen bedienen.

Die beiden Hauptarten des Ersatzes sind die Vergütung des Schadens durch Geld oder durch Erstattung eines gleichartigen und gleichwerthigen Objects.

Der Ersatz durch Geld kann wiederum in doppelter Weise erfolgen; entweder kann er in der blossen Vergütung der Werthminderung oder in der Erstattung des vollständigen Werthes, welchen das betreffende Object zur Zeit seiner völligen Integrität besass, bestehen. Was noch besonders den letzteren Fall, die Erstattung des vollständigen Werthes, anlangt, so muss dem Verurtheilten, wenn die Sache nicht völlig vernichtet, sondern nur verschlechtert ist, der beschädigte Gegenstand von dem bisherigen Eigenthümer ausgeliefert werden; dasselbe hat auch dann zu erfolgen, wenn die Erstattung eines gleichwerthigen Gegenstandes für den Beschädigten dem Schuldigen auferlegt wird. So vgl. z. B. l. Sal. IX, 1 und 2:

> Si quis animalia aut cavallus vel quolibet pecus in messe sua invenerit, penitus eum vastare non debet. Quod si fecerit et hoc confessus fuerit, capitale in locum restituat; ipse vero debilem ad se recipiat.[137])

---

137) Vgl. weiter z. B. l. Rib. XLVI, 2 (citirt oben bei Anm. 125); l. Baiuw. IX, 10: et cadaver mortuum recipiat; l. Wisig., lib. VIII, tit. IV, 13: dampnum simpla tantum modo satisfactione restituat et sibi quae debilitavit aut occidit usurpet; lib. VIII, tit. IV, 21 (Beschädigung eines Kleidungsstückes): huius vestis pretium quantum integra illa, quae rupta valere potuit tradere compillatur, vestem vero ruptam vel quae maculata est, ille recipiat, qui hanc compositionem exsolverit; u. a. m.

Digitized by Google

Wie Waitz richtig bemerkt, muss die unmittelbare Restitution des fremden Eigenthumsobjects in der lex Salica als eine Ausnahme bezeichnet werden.[138]) Es ist dies jedoch nur für die lex Salica zutreffend; eine Verallgemeinerung dieses Satzes und eine Ausdehnung desselben auf andere Volksrechte würde unrichtig sein. Natürlicher erscheint es, dass, wenn der Gegenstand, um den es sich im Processe handelt, noch vorhanden war, derselbe in natura mit der Verpflichtung des Ersatzes der Werthminderung zurückerstattet werden musste, da es gewiss häufiger im Interesse des Beschädigten liegt, die Sache selbst mit Zahlung ihrer Werthminderung, als die volle Vergütung in Geld zu erhalten.

Als Regel hat die Rückerstattung der Sache in natura jedenfalls bei der Entwendung gegolten; hier fiel noch die oft schwierige Berechnung der Werthminderung weg, da ja mit der Entwendung eine Deteriorirung des gestohlenen Objects nicht nothwendig verbunden zu sein brauchte.[139])

Wie schon oben hervorgehoben wurde, ist die Terminologie der Volksrechte keine präcise; ebenso wenig aber lässt sich eine überall gültige Regel aufstellen, nach welcher der Ersatz in den einzelnen leges erfolgte; nur in einigen Punkten lässt die Uebereinstimmung einer grösseren Anzahl von Fällen auf eine Regel schliessen.

So ist zweifellos die Vergütung durch die Hingabe eines gleichartigen und gleichwerthigen Objects an den Geschädigten

---

[138]) „Recht der salischen Franken", S. 197: „Vielleicht ist hier und da, wenn die Sache selbst noch vorhanden war, an die unmittelbare Restitution derselben gedacht; doch die Regel scheint dies nicht gewesen zu sein." Die als Beleg hierzu citirte Stelle l. Sal. LXI, 1 ist möglicher Weise noch anders zu verstehen, und zwar nicht als eine Restitution desselben Gegenstandes, sondern als eine Vergütung durch ein gleichwerthiges und gleichartiges Object, oder sogar nur durch Geld aufzufassen. Das letztere würde das Natürlichste sein, da die lex Sal. in allen übrigen Fällen nur die Vergütung durch Geld kennt. Ein zwingender Grund, bei dem Ausdruck rem in caput reddat das rem zu betonen, wie Waitz bei seiner vorgeschlagenen Auslegung thut, ist wenigstens nicht vorhanden. Eine Restitution der Sache selbst möchte ich aber in l. Sal. X, 2 in den Worten: „fur praeter quod eius mancipia et res restituat et insuper etc." finden.

[139]) Z. B. ed. Roth. 262 (Diebstahl); 270 (Verweigerung der Rückgabe eines fremden mancipium); ed. Roth. 274: Wer ohne Wissen des Eigenthümers fremdes Vieh aufnimmt — reddat ipsum mancipium aut pretium eius; l. Liutpr. 132 (Beanspruchung eines fremden Sclaven). — l. Alam. XC: Si quis res suas post alium hominem invenerit . . . et illa reddere noluerit et contradixerit et post haec convictus est ante iudicem aut similem aut ipsum reddat etc.; l. Baiuw. II, 6 (Entwendung): domino vero eius ipsam rem si habet, reddat; XX, 1 (Diebstahl eines Hundes); — l. Wisig., lib. VIII, tit. IV, 9 (Wegnahme eines Stieres); ebenso lib. VII, tit. III. 1.

Digitized by G

da am häufigsten, wo es sich um die Verletzung einer fungiblen Sache, von der zu erwarten stand, dass sie sich auch im Eigenthume des Verletzenden finden würde, handelte. Es war diese Art des Ersatzes gewiss in der Mehrzahl der Fälle dem Verletzten am willkommensten, da die Lücke, die z. B. die Tödtung eines Zugthieres in seinem Viehbestande hervorbrachte, durch die Tradition eines dieselben Dienste leistenden Thieres beseitigt wurde, ohne dass sich der Geschädigte um ihre Ausfüllung durch Ankauf eines neuen Gespannthieres oder dergl. noch besonders zu bemühen brauchte. Es ist dieser von uns herausgegriffene Fall des Ersatzes in Form eines gleichartigen Thieres zugleich auch der häufigste, welcher in den Quellen erwähnt wird, da in Folge der in altgermanischer Zeit von jedem Freien betriebenen Landwirthschaft die Möglichkeit einer Befriedigung des Verletzten durch ein vollkommen gleiches Thier am leichtesten geboten war. Als Belege hierfür ist z. B. anzuführen: ed. Roth. 328, dass bei Tödtung eines Thieres durch ein anderes der Eigenthümer des ersteren similem qualis in illa diae fuerit, quando fragiatus est, recipiat ab ipso, cuius animales hoc fecit; ebenso l. Rib. LXX, 5: dass, wer Thiere in einen Zaun treibt, similes restituat; weiterhin auch l. Baiuw. XX, 1 (diebische Wegnahme eines Hundes); l. Wisig., lib. VIII, tit. III, 17 (Verstümmelung fremder Thiere); lib. VIII, tit. IV, 3 (Verletzung eines Pferdes), und andere Stellen mehr.[140])

Der Ersatz eines gleichwerthigen Objectes erscheint auch in den Fällen, in denen es sich um die Beschädigung von Feldfrüchten, Weinstöcken oder dergl. handelt[141]), während z. B. bei

[140]) Vgl. auch ed. Roth. 330 (getödteter Hund); 332 (Tödtung einer Kuh); reddat eam qualiter adpraetiata fuerit; 337 (Verstümmelung eines fremden Pferdes); l. Alamann. 76, 1: Et si aliquid de ipsa grege in ipso anno perdiderit ille, qui pignus tulit, similem restituat; 84, 5 (Tödtung eines Hundes); 85 (Tödtung eines Thieres in gestautem Wasser); l. Baiuw. IX, 10: Si quis casui facienti occiderit animal . . . consimilem dare non tardet; et cadaver mortuum accipiat. — l. Wisig., lib. VIII, tit. IV, 1 (Losbinden eines fremden Pferdes in diebischer Absicht): si per hanc occasionem perierit, eiusdem meriti cavallum vel animal restituat; IV, 2 (Ueberanstrengung eines geliehenen Thieres); IV, 6: Wer einer trächtigen Kuh das Kalb abtreibt — talem aliam cum vitulo domino reformare cogatur et illam, cui partum excusserit, ipse acciptat; IV, 7. IV, 8. IV, 9. IV, 13 (Verletzung eines fremden Thieres) u. s. w.

[141]) Vgl. z. B. l. Wisig. lib. VIII, tit. III, 5: Wer einen fremden Weinstock auf irgend eine Weise beschädigt oder vernichtet: duas aequabilis meriti vineas domino eius reformare cogatur; vor Allem aber l. Wisig., lib. VIII, tit. III, 11: Si cuiuslibet qualiacunque animalia vineam ad messem everterint alienam, ille cuius animalia vineam vel messem everterint, tantum vineae vel

Digitized by Google

der Deterioriation von Kleidungsstücken, Hausgeräth oder dergl. — weil es bei diesen Gegenständen unsicher war, ob der Schuldige zu einer Rückerstattung in natura im Stande sein würde — die Möglichkeit eines Geldersatzes alternativ ausdrücklich erwähnt wird; so z. B. in l. Wisig., lib. VIII, tit. IV, 21:

Si quis . . vestem absciderit . . . pro facti crimine obnoxius teneatur ita, ut similem vestem integram restituat. Quod si talem vestem non habuerit, huius vestis pretium . . . tradere compellatur.

Als besondere Modalitäten des Ersatzes sind noch die Fälle zu nennen, in denen der Verletzte den schadenstiftenden Sclaven oder das schadenstiftende Thier ausgeliefert erhielt.

Will man hierbei genau sein, so kann man von einem wirklichen Ersatz nur in den Fällen der l. Sal. XXXVI und der l. Rib. XLVI sprechen, weil hier bestimmt wird, dass der Tradent, sobald das ausgelieferte Thier einen geringeren Werth hat, als der angerichtete Schaden beträgt, das Fehlende in Geld ersetzen muss, während in den Fällen der wirklichen noxae datio, wie z. B. l. Wisig., lib. VIII, tit. IV, 12, l. Burg. XXI, 2[142]) u. a. m. von einer Entschädigung nur insofern gesprochen werden kann, als der Beschädigte ein Vermögensobject, welches aber nicht im Mindesten im Verhältnis zu dem angerichteten Schaden zu stehen brauchte, erhielt. Die Präsumtion streitet sogar dafür, dass in den Fällen einer noxae datio der Schaden regelmässig grösser als der Werth des hingegebenen Objectes war, da der Eigenthümer des schadenstiftenden Thieres die Wahl zwischen der Vergütung des Schadens in Geld und der noxae datio des Thieres hatte[143]), und desshalb wohl schwerlich unnöthiger Weise sein Vermögen durch die Cession des höherwerthigen Thieres minderte, wenn er seine Verpflichtungen mit der Erlegung einer geringeren Summe erfüllen konnte.

---

agri cum frugibus eius meriti domino de suo restituere non moretur, quantum exterminatum esse cognoscitur . . . Quod si non habuerit agrum aut vineam; unde conponat, tantum de frugibus reddat, quantum in aequali parte agri vel vineae fuerit aestimatum. —

Dahn, a. a. O. S. 102. 108. — In anderer Verbindung wird die Restitution eines gleichartigen Objects noch erwähnt in l. Alam. 83, 1 (Schaden bei Feuer): omnia, quidquid ibi arserit, similem restituat; 83, 3—6; 90; l. Baiuw. I, 6 (Brandstiftung eines Sclaven an einer Kirche).

[142]) Vgl. oben bei Anm. 124, 125 und 108, 109.

[143]) Vgl. in l. Wisig., lib. VIII, tit. IV, 12: . . . in domini potestate consistat, utrum quadrupedem noxium tradat, an ei, qui dampnum pertulit, ne aliquid excepit adversi iuxta iudicis aestimationem componat.

Digitized by

In der lex Alamannorum wird die Höhe des Ersatzes nach der Angabe des Verletzten, welcher seine Behauptungen durch einen Eid bekräftigen muss, bemessen[152]); ebenso macht die lex Frisionum die Höhe des Schadensersatzes von der Berechnung der geschädigten Partei abhängig; so in IV, 1:

Si quis servum alterius occiderit, conponat eum iuxta quod a domino eius fuerit aestimatus;

und in derselben Weise in IV, 2:

Similiter equi et boves . . . et quicquid mobile in animantibus ad usum hominum pertinet usque ad canem ita solvantur, prout fuerint a possessore earum adpretiata.

---

iudicis aestimationem conponat (Schaden durch Thiere). — In lex Wisig., lib. VIII, tit. III, 6 ist nur von „aestimantes" die Rede; . . dampnum solvat sicut inspectio habuerit aestimantium.

[152]) l. Alam. LXXI, 1: . . adpreciet eum dominus cum sacramentum etc.; ebenso LXXI, 2; LXXIV, 1; LXXVI, 2. In l. LXX, 2 (Verwundung eines Leibeigenen) bedarf es zweier Eideshelfer.

Digitized by Google

Untersuchungen

zur

Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte

herausgegeben

von

Dr. Otto Gierke,

Professor der Rechte an der Universität Heidelberg.

XIX.

Die Lehre vom Schadensersatze

nach dem Sachsenspiegel und den verwandten Rechtsquellen.

Ein Beitrag zur Geschichte der Schadensersatzverbindlichkeit in Deutschland

von

Otto Hammer,

Dr. iur., Kammergerichts-Referendar.

Breslau.

Verlag von Wilhelm Koebner.

1885.

Digitized by Google

Die Lehre

vom

Schadensersatze

nach dem Sachsenspiegel und den verwandten Rechtsquellen.

Ein Beitrag

zur

Geschichte der Schadensersatzverbindlichkeit in Deutschland

von

Otto Hammer,

Dr. iur., Kammergerichts-Referendar.

Breslau.

Verlag von Wilhelm Koebner.

1885.

Digitized by Google

Seinem hochverehrten Lehrer

Herrn Königl. Sächsischen Geheimen Hofrat

Professor Dr. OTTO STOBBE

als Zeichen

unwandelbarer Verehrung und Dankbarkeit

ehrerbietigst zugeeignet

vom Verfasser.

Digitized by Google

Inhalt.

Seite

Vorwort IX

Quellen XI

Literatur XII

§ 1. Einleitung 1

Erster Teil.

Die Haftung für den durch eigene Handlungen verursachten Schaden.

Erster Abschnitt.

Die Grundlagen der Schadensersatzverbindlichkeit.

§ 2. I. Verschiedene Ansichten 2

§ 3. II. Der Standpunkt für die Untersuchung 4

III. Schuld und Haftung.

§ 4. 1. Die culpa im Gegensatz zum casus 5

§ 5. Fortsetzung 10

§ 6. 2. Die Thatbestände der Beschädigungen 15

§ 7. 3. Resultat 25

§ 8. 4. Zusatz. Haftung für den durch Unzurechnungsfähige angerichteten Schaden 26

IV. Das Princip der Haftung.

§ 9. 1. Allgemeines 40

§ 10. 2. Beschädigungen durch Sachen und ähnliche Fälle 41

§ 11. 3. Der Kausalzusammenhang als Princip der Haftung 57

Zweiter Abschnitt.

Die Schadensersatzverbindlichkeit in ihrer specielleren Gestaltung.

§ 12. I. Absichtliche Beschädigungen 63

§ 13. II. Ersatz für nicht körperlichen Schaden 66

§ 14. III. Ersatz bei Unterlassungen 67

§ 15. IV. Die Widerrechtlichkeit der Beschädigung 68

§ 16. V. Fortfall der Entschädigungspflicht 72

§ 17. VI. Der Ersatz-Anspruch 75

Zweiter Teil.

Haftung für den durch andere Personen angerichteten Schaden.

§ 18. I. Allgemeines 79

Digitized b

Seite

§ 19. II. Haftung des Vaters für den durch seine Kinder angerichteten Schaden 80
§ 20. III. Haftung für das Gesinde und ähnliche Fälle 81
§ 21. IV. Rechtsgrund der Haftung 84

Dritter Teil.

Haftung für den durch Tiere angerichteten Schaden.

§ 22. Uebersicht 85

Erster Abschnitt.

Beschädigung durch zahme Tiere.

§ 23. I. Die Dereliktion 85
§ 24. II. Beschädigung unter Zuthun eines Menschen 95

Zweiter Abschnitt.

§ 25. Beschädigung durch gefährliche Tiere 95
§ 26. Anhang 97

Digitized by Google

Vorwort.

Die nachstehende Abhandlung beschäftigt sich mit der Schadensersatzverbindlichkeit, soweit dieselbe als selbständiger Inhalt einer Obligation auftritt, und zwar speciell, soweit sie aus einer wenigstens objektiv rechtswidrigen Beschädigung entsteht. Sie umfasst also das Gebiet der sogen. Deliktsobligationen. Sie will durch die Bearbeitung eines zeitlich und örtlich abgegrenzten Quellenkreises einen Beitrag zur Geschichte der Lehre vom Schadensersatze in Deutschland liefern. Das gewählte Quellengebiet erschien um deswillen als das angemessenste, weil die Rechtsaufzeichnungen desselben sich an diejenige Quelle anschliessen, in welcher das reine Deutsche Recht zu seiner höchsten Entwickelung gelangt ist und welche den eigentlichen Grund zur Ausbildung desselben gelegt hat, den Sachsenspiegel. Auch zeichnen sich die Quellen dieses Gebietes durch besonders zähen Widerstand gegen das fremde Recht aus.

Einem Einwurf gegen die Berechtigung einer solchen Beschränkung auf ein bestimmtes Quellengebiet möchte der Verfasser mit den Gründen begegnen, auf welche Planck dieselbe in der Vorrede zu seiner Darstellung des Deutschen Gerichtsverfahrens stützt.

Er glaubt dieselben um so mehr für sich geltend machen zu dürfen, als es für ihn als einen Anfänger nur dadurch möglich erscheint, eine einigermassen ausführliche Bearbeitung dieser bisher so wenig ex professo behandelten Lehre mit Aussicht auf wenigstens teilweisen Erfolg zu versuchen. Vielleicht giebt ihm der Umfang, auf welchen die Abhandlung, trotz jener Beschränkung und trotzdem, dass manche Partieen nicht einmal erschöpfend behandelt sind, dennoch angewachsen ist, in etwas Recht.

Zu Grunde liegen also die Quellen des sächsischen Rechtsgebietes vom Ssp. und den ersten Magdeburger Rechtsaufzeichnungen an bis in die Receptionszeit. Hier war die Grenze weniger nach einem bestimmten Zeitpunkte zu ziehen, als vielmehr danach, ob eine schon vom römischen Rechte beeinflusste Quelle in der Lehre

Digitized by Google

vom Schadensersatze noch die deutschrechtlichen Grundsätze bewahrt. So konnten Rechtsquellen bis an den Anfang des 17. Jh.'s in den Bereich der Darstellung gezogen werden. Von den norddeutschen Quellen wurden die friesischen, welche zum grossen Teil einen für das übrige Quellengebiet vor unserer Periode liegenden Rechtszustand verkörpern, und die rheinisch-westfälischen ausgeschlossen, welch' letztere auch in den, z. B. dem Lübischen Rechte verwandten Quellen, wie dem Soester Stadtrecht, eine selbständige Richtung verfolgen.[1])

Zu bemerken ist noch, dass die in den Weistümern von Grimm befindlichen, verhältnismässig wenigen Weistümer unseres Gebietes ausserordentlich geringe Ausbeute für die hier behandelte Frage liefern.

Die Grundsätze über den Schiffsschaden wurden deshalb nicht dargestellt, weil dieselben nach Ansicht des Verfassers, um ihren Besonderheiten gerecht zu werden, einer ausführlicheren Behandlung bedürfen, als ihnen in der nachstehenden Abhandlung, sollte sie nicht zu sehr ausgedehnt werden, zu Teil werden konnte.

Die Abhandlung von Dr. Arthur Benno Schmidt, „die Grundsätze über den Schadensersatz in den Volksrechten" (Heft 18 dieser Untersuchungen), konnte ich erst benutzen, nachdem meine Arbeit bereits abgeschlossen war; hieraus erklärt es sich, dass dieselbe weniger eingehend berücksichtigt ist, als es mir selbst wünschenswert gewesen wäre.

---

[1]) Zum Beweise sei hier eine Rechtsbelehrung von Soest an Siegen aus dem 15. Jh. (bei Wigand, Archiv für Geschichte und Altertumskunde Westfalens Bd. VII. Heft 4 S. 57 ff. — octava petitio —) angeführt, in welcher ein Rechtsfall in einem der Auffassung unserer Quellen direkt entgegengesetzten Sinne entschieden wird.

Digitized by Google

Quellen.

Sachsenspiegel ed. Homeyer 3. Aufl. 1861; cit.: Ssp.
Görlitzer Landrecht in Homeyer, Sachsenspiegel II. Bd. 2. 1844.
Richtsteig Landrecht, Ausgabe von Homeyer. 1857.
Glosse z. Sachsenspiegel, verglichen nach den Mss.: No. 333, früher Homeyer, jetzt Berlin U. B. (bei Homeyer D α, Ssp. I. S. 39), No. 395 Leipzig U. B. 948 (Homeyer Ssp. S. 37) und dem Ssp.-Druck von N. Wolrab, Dresden 1554.
Leipziger Schöffenurteile in dem cit. Ssp.-Druck.
Abhandlung „von wetten und bussen", ebenda.
Extravaganten zum Ssp. in Homeyer, Die Extravaganten des Ssp. Abhandlung der Berliner Akademie. 1861.
Lüneburger Stadtrecht, herausg. von Kraut. 1846.
Magdeburger Recht von 1188.
Magdeb.-Breslauer Recht von 1261.
Magdeb.-Görlitzer Recht von 1304.
Rechtsbuch von der Gerichtsverfassung.
Magdeb. Weistum für Culm von 1338.
(bei Laband, Magdeburger Rechtsquellen. 1869.)
Weistümer von Magdeburg. Ausg. von Neumann.
Magdeb.-Breslauer Systemat. Schöffenrecht, ed. Laband. 1863.
Magdeburger Fragen, ed. Behrend. 1868.
Blume des Magdeburger Rechts, ed. Böhlau.
Das sächsische Weichbild, ed. v. Daniels u. v. Gruben. 1858.
Glosse z. Weichbild, ebenda.
Goslarer Statuten, ed. Göschen. 1840.
Goslarer Rechtserkenntnisse und Rechtsschreiben in Bruns, Beyträge z. d. Deutschen Rechten des M A. 1799. S. 180 ff. 225 ff.
Rechtsb. nach Distinctionen in Ortloff, Sammlung Deutscher Rechtsquellen I., cit.: Rb. n. D.
Eisenacher Rechtsbuch, ebenda.
Rechtsbuch des Purgoldt, ebenda Bd. II. 1860.
Gothaer Stadtrecht, ebenda.
Gerichtsleufft zu Eisenach, ebenda.
Eisenacher Willkore, ebenda.
Die sogen. Poelmann'schen Distinctionen (Exemplar der Berliner Königl. Bibliothek).
Nordhäuser Weistümer in Förstemann, Neue Mitteilungen des sächs.-thüring. Vereins etc. Bd. I. Heft 3. S. 13 ff.
Neue Statuten von Arnstadt von 1543, bei Michelsen, Rechtsdenkmale aus Thüringen. I. 1852.
Frankenhäuser Statuten von 1558
Saalfelder Statuten aus dem 13. Jh.
(bei Walch, Vermischte Beiträge zu den deutschen Rechten Bd. I. S. 13 ff. 193 ff.)

Digitized by Google

Statuten von Greussen von 1556, ebenda Bd. VII. S. 67 ff.
Berliner Stadtbuch, in Fidicin, Histor.-diplomatische Beiträge zur Geschichte der Stadt Berlin. Teil I. 1837.
Salzwedeler Stadtrecht, bei Gengler, Stadtrechte. S. 396 ff.
Glogauer Rechtsbuch, bei Wasserschleben, Sammlung deutscher Rechtsquellen. I. 1860.
Braunschweiger Stadtrecht, ed. Hänselmann.
Lauenburger Statuten von 1599, bei Pufendorf, Observationes iuris tom. III. Append. S. 281 ff.
Das Lübische Recht, ed. Hach. 1839.
Michelsen, Der Oberhof von Lübeck. 1839.
Hamburger Recht, ed. Lappenberg, Die ältesten Stadt- etc. Rechte Hamburgs. 1845.
Billwärder Recht, ebenda.
Bremer Recht, ed. Oelrichs, Sammlung alter und neuer Gesetze der Stadt Bremen. 1771.
Statuta Verdensia, Statuta Stadensia von 1279 } bei Pufendorf, Obss. iuris tom. I. Append. S. 77 ff. 163 ff.
Die Neumünsterschen Kirchspiels- und die Bordesholmer Amtsgebräuche, ed. Seestern-Pauly. 1824.
Wendisch-Rügianischer Landgebrauch von v. Normann, ed. Gadebusch. 1777.
Dithmarsisches Landrecht v. 1447, ed. Michelsen, Sammlung altdithmarscher Rechtsquellen. 1842.

Literatur.*)

von Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht. Bd. I.
Binding, Die Normen und ihre Uebertretung. Bd. I. 1872.
Böhlau, Novae constitutiones domini Alberti. Weimar 1858. Beilage VI.
Brunner, Sippe und Wergeld, in Zeitschr. f. Rechtsgeschichte. Bd. XVI. S. 1 ff. 1882.
Frauenstädt, Blutrache und Todtschlagsühne. Leipzig 1881.
Gierke, Der Humor im Deutschen Rechte. Festschrift für Homeyer.
Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer.
Hälschner, Brandenburg.-Preussisches Strafrecht. Bd. I.
Hepp, Die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts, insbes. die Lehre von den Unglücksfällen. Tübingen 1838.
Hertz, Die Rechtsverhältnisse des freien Gesindes nach den Deutschen Rechtsquellen des MA., Bd. VI. von Gierke, Untersuchungen zur Deutschen Rechtsgeschichte.
John, Das Strafrecht in Norddeutschland zur Zeit der Rechtsbücher. Leipzig 1858.
Kraut, Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des Deutschen Rechts. Göttingen 1855.

*) Es sind hier nur diejenigen Werke aufgeführt, deren Benutzung über die blosse Vergleichung einzelner Stellen hinausgeht; die übrigen ergeben sich aus den Citaten.

Digitized by Google

Levita, Das Recht der Notwehr. Giessen 1856.
Maurenbrecher, Iuris germanici atque praesertim speculi Saxonici de culpa doctrina. 1827.
v. Meibom, Das deutsche Pfandrecht. Marburg 1867.
Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. Abth. III. S. 347 ff.
Nägeli, Das germanische Selbstpfändungsrecht in seiner historischen Entwickelung. (Diss.) Zürich. 1876.
Osenbrüggen, Das Strafrecht der Langobarden.
Derselbe, Alamannisches Strafrecht. 1860.
Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im M A. 1879.
Rive, Geschichte der deutschen Vormundschaft. Bd. II. Abth. 1. 1866.
Stobbe, Ueber das Eintreten des Erben in die obligatorischen Verhältnisse des Erblassers, in Bekker und Muthers Jahrbüchern. V.
Ders., Geschichte der deutschen Rechtsquellen.
Ders., Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts.
Ders., Handbuch des deutschen Privatrechts.
Treitschke, Diss. de werigeldo. Leipzig 1813.
Trummer, Vorträge über Tortur etc. Bd. I.
Wilda, Das Pfändungsrecht, in der Zeitschr. für deutsches Recht. Bd. I. S. 167 ff. 1839.
Wilda, Das Strafrecht der Germanen. Halle 1842.
Schiller und Lübben, Mittelniederdeutsches Wörterbuch.

Digitized by Google

§ 1.

Einleitung.

1. Während das Römische Recht eine Ersatzpflicht für widerrechtliche Vermögensbeschädigungen ausserhalb des Vertragsrechtes nur bei dolus des Beschädigers statuirt, eine weitergehende Verhaftung dagegen nur bei Schadenszufügungen an körperlichen Sachen und bei Körperverletzungen, sowie in einzelnen gesetzlich hervorgehobenen Fällen anerkennt, geht vielmehr das Deutsche Recht von dem Grundgedanken aus, dass Jeder den widerrechtlich zugefügten Schaden dem Beschädigten ersetzen soll.

„Schaden" heisst aber in der Sprache unserer Quellen jede Beeinträchtigung der Rechtssphäre eines Menschen, und zwar ebensowohl die Verletzung seiner Körperintegrität, z. B. Ssp. II. 40. § 1; Gosl. Stat. S. 41. Z. 1 ff., als die Verschlechterung seiner Vermögenslage, mag dieselbe nun durch Beschädigung, Vernichtung oder Wertverminderung einer ihm gehörigen körperlichen Sache, z. B. Ssp. II. 27. § 4; Purg. III. c. 20, oder anderweite Entziehung irgendwelcher Vermögensobjecte, geldwerter Leistungen, Vermögensrechte u. dergl., z. B. Ssp. III. 87. § 1; Gosl. Stat. S. 46, Z. 36 ff., erfolgen. Es ist jedoch zu bemerken, dass in unseren Quellen die damna corpori data, wozu auch Tötung und Körperverletzung gehören, unter den Thatbeständen, welche eine Schadensersatzverbindlichkeit erzeugen, bei weitem am meisten erwähnt werden und hauptsächlich, ja fast ausschliesslich an ihnen die Grundsätze des Deutschen Rechts über den Schadensersatz sich entwickelt haben, so dass diese Fälle naturgemäss im Mittelpunkte der folgenden Darstellung stehen müssen, ohne dass doch die übrigen Thatbestände ausgeschlossen blieben.

2. Das Deutsche Recht erkennt, wie das Römische, unter Umständen dem Beschädigten einen Ersatzanspruch zu gegen eine Person, welche den Schaden nicht selbst verursacht hat, sei es, dass der Schaden durch eine andere Person, als diejenige, welche

Digitized by Google

haftbar gemacht wird, angerichtet wurde, sei es, dass er sich ohne die verursachende Thätigkeit einer Person ereignete, vielmehr durch eine Sache im Rechtssinn entstand. Da die Haftung in diesen Fällen auf wesentlich anderen Grundsätzen beruht, als die Haftung für den durch eigene Handlungen verursachten Schaden, so erscheint eine abgesonderte Darstellung dieser Fälle geboten. Innerhalb des Kreises derjenigen Thatbestände, bei welchen die Beschädigung durch eine Sache verursacht ist, nehmen aber eine besondere Stellung ein die Beschädigungen durch Tiere. Es empfiehlt sich ausserdem aus Gründen, welche die Darstellung ergeben wird, die Fälle der Beschädigung durch leblose Sachen zugleich mit der Entwickelung der Grundsätze über die Haftung für eigene Handlungen abzuhandeln, und es gliedert sich demgemäss die Darstellung in die drei Hauptteile:

1. Haftung für den durch eigene Handlungen verursachten Schaden.
2. Haftung für den durch andere Personen verursachten Schaden.
3. Haftung für den durch Tiere verursachten Schaden.

Erster Teil.

Die Haftung für den durch eigene Handlungen verursachten Schaden.

Erster Abschnitt.

Die Grundlagen der Schadensersatzverbindlichkeit.

§ 2.

I. Verschiedene Ansichten.

Die Frage nach den Grundsätzen des Deutschen Rechts über die Ersatzpflicht ausserhalb des Obligationsnexus ist mehrfach zum Gegenstande der Untersuchung gemacht worden. Auf das in unserer Abhandlung zu Grunde gelegte Quellengebiet gehen die folgenden Schriftsteller ein:

1. Maurenbrecher.[1]) Er behandelt bei der Darstellung der deutsch-rechtlichen Lehre von der culpa die Fälle des ausser-contractlichen Schadens, hauptsächlich nach dem Sachsenspiegel. Er kommt dabei zu dem Resultat, dass dieser einen Jeden für den durch ihn verursachten Schaden haftbar mache und dass nur der

---

[1]) Juris Germanici atque praesertim speculi Saxonici de culpa doctrina. 1827. S. 1 – 32.

Digitized by Google

durch „vis divina“ entstandene Schaden nicht ersetzt zu werden brauche.

2. Hepp.[1]) Er verteidigt die Ansicht, dass das Deutsche Recht auch casuelle Beschädigungen dem Urheber zurechne.[2]) Dabei macht er keinen Unterschied zwischen dem von dem Ssp. ausgehenden Quellenkreise und den süddeutschen Quellen, namentlich dem Schwabenspiegel. Abgesehen davon, dass seine Verwertung des Schwabenspiegels c. 231. 232 für diese Ansicht[3]) u. E. misslungen ist, lässt seine Ausführung die eingehende quellenmässige Begründung, die hier allein zu sicheren Resultaten führen kann, vermissen.

3. Diejenige monographische Behandlung des Gegenstandes, welche wegen ihres genauen Eingehens auf die Quellen, und zwar auf dieselben im wesentlichen, welche der vorliegenden Untersuchung zu Grunde liegen, hier vor allem zu berücksichtigen ist, ist diejenige von John.[4]) Wir werden uns um so mehr mit ihr zu beschäftigen haben, als sie in der Literatur bisher unwidersprochen geblieben, zum wenigsten durch keine neuere Darstellung, welche sich speciell auf Grund desselben Quellenkreises die Erörterung der Frage zur Aufgabe stellte, ersetzt ist.

John geht von der Ansicht aus, dass „diejenigen Rechtsverletzungen, welche nicht einmal einen Anspruch auf Entschädigung gewähren, nicht nur als absichtslose, sondern als schuldlose aufgefasst werden müssen (a. a. O. S. 33).“ Da nun in vielen Fällen die Quellen eine Entschädigungspflicht eintreten liessen, wo nach heutigen Begriffen eine Schuld nicht vorliege, so müsse man dies daraus erklären, dass das Deutsche Recht eine von der heutigen Anschauung abweichende Ansicht über „die gehörige, billigerweise zu fordernde Aufmerksamkeit“ und daher auch einen andern culpa-Begriff gehabt habe. Den Grund der Ersatzpflicht, also das Verschulden, fänden die Quellen teils in der Uebertretung bestimmter, allgemeiner oder singulärer, rechtlicher Vorschriften, teils in persönlichen Verhältnissen des Beschädigers, teils liege er in der Annahme, dass stets, wenn eine „für Leben und Gesundheit von Menschen und Tieren gefährliche Handlung“ von einem schädlichen Erfolge

[1]) Die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts, insbes. die Lehre von den Unglücksfällen etc. 1838. S. 118 ff.

[2]) a. a. O. S. 119 ff., 123 ff.

[3]) a. a. O. S. 125.

[4]) Das Strafrecht in Norddeutschland zur Zeit der Rechtsbücher. Leipzig 1858. S. 6 ff.

1*

Digitized by Google

begleitet sei, ein Mangel der nötigen Vorsicht auf Seiten dessen, der die Handlung vornahm, vorliege (a. a. O. S. 29. 30).

4. Sehen wir von einzelnen mehr gelegentlichen Aeusserungen anderer Schriftsteller, z. B. von Rive (Geschichte der deutschen Vormundschaft II. 1. S. 45), sowie von der Abhandlung Trummer's (in seinen Vorträgen über Tortur etc. Band I. S. 339 ff., insbes. S. 367—392), welche die Lehre von der Zurechnung lediglich nach Hamburgischem Rechte behandelt, ab, so ist hier nur noch die Darstellung Stobbe's [1]) zu erwähnen, welcher die Lehre vom Schadensersatz so ausführlich, wie dies im Rahmen einer Gesammtdarstellung des Deutschen Privatrechts möglich ist, und mit eingehender Berücksichtigung des älteren Deutschen Rechts, namentlich auch der Periode, mit welcher wir uns beschäftigen, behandelt. Seine Ansicht geht dahin, dass das Deutsche Recht „Denjenigen für ersatzverbindlich erklärt habe, welcher den Schaden verursachte, gleichviel ob ihn Schuld trifft oder nicht."

§ 3.

II. Der Standpunkt für die Untersuchung.

Für die Beantwortung der Frage nach der Grundlage, auf der die Schadensersatzverbindlichkeit im Deutschen Recht beruht, gilt es zunächst, soll die Untersuchung erfolgreich sein, den richtigen Standpunkt zu gewinnen. Hierzu ist es nötig, im Auge zu behalten, dass die dem Deutschen Rechte zu Grunde liegenden Principien erst durch die Interpretation der Rechtsquellen aufgesucht werden müssen, dass es also verfehlt ist, für diese Interpretation fertige Grundsätze mitzubringen und ihre Geltung stillschweigend vorauszusetzen. In diesem Punkte liegt aber der Grundfehler der Theorie, welche John aufstellt.

Indem er davon ausgeht, dass diejenigen Rechtsverletzungen, bei welchen die Quellen keinen Anspruch auf Entschädigung anerkennen, als schuldlose aufzufassen seien (a. a. O. S. 33), nimmt er umgekehrt da, wo die Quellen eine Entschädigungspflicht statuiren, eine schuldhafte Handlung als vorhanden an. Mit der Aufstellung dieses völlig unbewiesenen Satzes trägt er also die Voraussetzung in die Quellen hinein, dass sie den römisch-rechtlichen Grundsatz enthalten, nach welchem die Schuldhaftigkeit der schadenden Handlung Bedingung des Entschädigungsanspruchs ist.

Hierin liegt aber offenbar eine petitio principii; denn es war gerade die Aufgabe, zu untersuchen, ob die Quellen diesen römisch-

[1]) Handbuch des deutschen Privatrechts, Band III. § 200 ff.

Digitized by Google

rechtlichen Grundsatz auch enthalten, anstatt, wie John thut, seine Geltung im Deutschen Rechte stillschweigend vorauszusetzen und von dieser Voraussetzung aus die Quellen zu erklären, John's Theorie ruht also auf einer principiell falschen Basis.

Es ist dieser Standpunkt um so bedenklicher, als jener römische Grundsatz keineswegs ein selbstverständlicher, aus dem Wesen der Schadensersatzverbindlichkeit sich mit Notwendigkeit ergebender ist, sich vielmehr lediglich als eine positiv-rechtliche Bildung darstellt. Denn wie Binding[1]) überzeugend nachgewiesen hat, „wurzelt die Verpflichtung zum Schadensersatz nicht in der schuldhaften That als solcher" (a. a. O. S. 168), ist ihrer Natur nach nicht eine Rechtsfolge der Verschuldung, sondern der Beschädigung. Wie das Deutsche Recht sich in dieser Beziehung verhält, welche Bedeutung es dem Willensmoment für die Entschädigungspflicht beimisst, das zu untersuchen ist die Aufgabe, und sie kann nur gelöst werden, wenn man unbefangen an die Quellen herangeht, und ihre Erklärung, unbeeinflusst von römisch-rechtlichen Anschauungen, aus ihnen selbst und den Verhältnissen, unter welchen sie entstanden sind, versucht. Dabei ist als Regel für die Interpretation zu beachten, dass unsere Quellen, anders als die des römischen Rechts, nicht ein allgemeines Princip aussprechen, welches dann consequent durchgeführt würde, sondern casuistisch einzelne Fälle anführen und entscheiden, ohne von der concreten Gestaltung des Falles zu abstrahiren. Nur aus der Gesammtbetrachtung aller einzelnen Fälle und der Berücksichtigung ihrer besonderen Eigentümlichkeit lässt sich mit Sicherheit das zu Grunde liegende Princip erkennen.

§ 4.
III. Schuld und Haftung.
1. Die culpa im Gegensatz zum casus.

Dass dem Deutschen Recht, namentlich der Periode, deren Quellen hier zu Grunde liegen, der Unterschied der verschiedenen rechtlich relevanten Willensbestimmungen: Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht nur bekannt gewesen, sondern dass dieser Unterschied auch von Erheblichkeit für die Beurteilung der Handlungen gewesen, ist heute allgemein anerkannt. Nicht minder darf es als ausgemacht gelten, dass auch innerhalb der Unabsichtlichkeit zwischen verschuldeter und unverschuldeter Handlung wohl unterschieden worden ist. Weniger ist bisher aufgeklärt, welches der

[1]) Die Normen und ihre Uebertretung, Band I. § 28. ff., insbes. § 31.

Digitized by Google

Begriff von Fahrlässigkeit und Zufall in unseren Quellen gewesen, noch weniger ist man darüber einig, ob die Anerkennung ihres Unterschiedes auch die der Verschiedenheit ihrer civilrechtlichen Rechtsfolge, der Entschädigungspflicht, involvire.

Suchen wir für die Beantwortung der ersteren Frage einige Anhaltspunkte zu gewinnen.

1. Die Quellen gebrauchen zur Bezeichnung der absichtslosen Schuld verschiedene Ausdrücke: teils finden wir das allgemeinere „scult“ [1]), welches aber gewöhnlich auch den Vorsatz mitumfasst (siehe Homeyer, Glossar z. Ssp. s. h. v. und z. B. Weichbild, Art. 17 § 4), teils Worte, welche bestimmt das unachtsame Verhalten bezeichnen, wie „wanhoede“ (dies hauptsächlich im Lübischen und Hamburger Stadtrecht) und das am häufigsten gebrauchte „warlose“, auch „verwarlosung“. Andere Ausdrücke sind „versäumnis“ (Purgoldt III. 21., Wend-Rugian. Ldgebr. Tit. 214), „unfleiss“ (Neumünst. u. Bordesholm. Gebr. Art. 18. 24).

Warlose bedeutet den Mangel der „ware“, der Aufsicht, Hut, Achtsamkeit, ebenso wanhoede die fehlerhafte, schlechte Bewachung [2]).

Andrerseits wird der Zufall bezeichnet durch ungelücke (Richtst. Ldr. 44. § 3), geschicht (Gl. z. Weichbild art. 38), ungeschicht (Rb. n. Dist. IV. 15. d. 2. u. a.), es heisst vom Schaden: er geschieht „von tovalle eines unglucke̊s“ (Berl. Stadtb. S. 136), in späteren Quellen „vom zufalle — über — gethanen fleysz“ (Nordhs. Weist. von 1502. [3])

2. Welches aber der Grad von „fleisz“ ist, dessen Vorhandensein das Verhalten als schuldlos, den Erfolg als zufälligen erscheinen lässt, dessen Mangel als Verschulden angerechnet wird; welches der Massstab für die anzuwendende Sorgfalt ist, darüber gibt uns der Zusammenhang, in welchem jene Ausdrücke vorkommen, geben uns die Umschreibungen derselben, die sie illustrirenden Beispiele keinen sicheren Aufschluss. Teils sind die angeführten Fälle derart, dass ebensowohl Schuld als Zufall vorliegen kann (z. B. Ssp. II. 38 oder of he schüt oder wirpt enen man oder en ve, als he ramet enes vogeles); teils finden die Quellen das Verschulden in der Nichtbeobachtung gewisser rechtlicher oder polizeilicher Vorschriften: so erläutert Ssp. II. 38 das „von siner warlose“ durch die Worte:

„von bornen, den he nicht bewerct enes knies ho boven der erde“;

---

[1]) Rb. n. Dist. II. 2. 12.

[2]) Schiller und Lübben, Mittelniederdeutsches Wörterbuch.

[3]) Bei Förstemann, Neue Mitteilungen etc. Bd. I, Heft 3. B. § 26.

Digitized by Google

so heisst es Rb. n. Dist. II. 2. 12. was eyn man bewarn sal, und zwar wie näher erklärt wird, von irsaczten rechten, unde tud des nicht[1]);

ebenso Rb. n. Dist. II. 2. d. 3. 4;

teils in der Nichtbeachtung einer von der Obrigkeit oder von interessirten Privatpersonen erteilten Warnung, verbunden mit der Aufforderung zur Vorsicht, z. B.

Gosl. Stat. S. 23 z. 16 ff. Heft en man ene müren oder ene want twischen sik unde sinem neybere, valt de darneder oder en del, de scal he weder laten maken, dat sinem neybere nen scade daraf ne scüde. Ne dede he des nicht, böde he ime mit ghērichte .... ne dede he denne des nicht etc.

Gerichtsleufft zu Eissennach A. 32. Woe ein man verbornet von unglucke und bornen seine nachpar von ym .... den Gegensatz hierzu bilden dann die folgenden Worte: Spricht man aber: bewaret unsern schaden tuet er des nicht und geschicht ynen schade von seinem brande, er gildt yn billich; vgl. auch Purgoldt III. 20.

Wie in dieser Stelle ausdrücklich das Nichtbeachten der Warnung dem „unglucke" entgegengesetzt und damit als Schuld gekennzeichnet wird, so ist in der vorher citirten Stelle des Goslarer Stadtrechts das Verhalten als warlose dadurch bezeichnet, dass das gebotene Thun in der Beobachtung der „ware" bezüglich des fremden Gutes besteht (dat sinem neybere nen scade daraf ne scüde).

Mitunter sprechen die Quellen von einer bis zur äussersten Anspannung der Fähigkeiten gehenden Sorgfalt; so wollen die vom Rat zur Bewachung der baufälligen Stadtmauer Angestellten beschwören:

daz su gerne daz beste darzu wolden getan habe, alz verne ab su gemacht hettin (Nordhaus. Weist. B. § 10).

Aehnlich auf dem Gebiete des Vertragsrechts, z. B. Magd. Fr. II. 7. d. 1., wo die auf Rückgabe eines depositums Beklagte schwören soll, dass sie „das gelt ane ire schult unde sundir ire verwarlosunge verloren habe unde iren fleyz zu des geldes hute getan habe, as sy beste kunde."[2]) Anderwärts wird nur allgemein die

---

[1]) Das allgemeine Wort warlose wird nur umschrieben, warlose ist eben das „nicht bewahren".

[2]) Vergl. aus dem Vertragsrecht Neumünstersche Kirchspiels- u. Bordesholm. Amtsgebräuche (Ausg. v. Seestern-Pauly) Art. 18. Der Leiher ersetzt die geliehene Sache, wenn er sie verderben lässt, während er sie „wohl lebendig

Digitized by Google

erforderliche Sorgfalt als „fleiss“ bezeichnet, z. B. Nordhauser Weist. von 1502 (bei Förstemann B. § 26): ubir seynen gethanenn fleysz.

Endlich setzen einige Quellen das Kriterium dafür, ob dem Handelnden der Vorwurf der Nachlässigkeit zu machen sei, oder ob er die zu fordernde Aufmerksamkeit angewendet habe, in gewisse äussere Momente, die einen objectiven Massstab für sein Verhalten abgeben sollen. So Purgoldt III. 20:

> Was eyner mit fure schaden thudt, also das her es mit fliesse nicht bewaret glich also sein eygen, das mues her geilden. — Brennt daher sein und des Nachbarn Haus ab, so ist er frei, „umme des willen das her den schadin bewart hat alse seinen eigen, das her mit seime schaden wol bewiessenn mag. Werdet her aber von seime nackebur do vor gewarneth . . . und vorbornet danne, denn schaden muess her seime nackebur dan legenn, ab her wol mede schaden von brandes wegen genomen hat.

Diese Bemessung der diligentia nach dem Verhalten des Schädigers zu der eigenen und fremden Sache steht auf dem Gebiet der Delictsobligationen in unsern Quellen ganz vereinzelt da, was gegenüber ihrer häufigen Anwendung im Vertragsrechte [1]), sich wohl einfach daraus erklärt, dass dieser Massstab bei ausercontractlicher Beschädigung der Natur der Sache nach ein noch weniger zuverlässiger und überhaupt anwendbarer ist, als bei den Verträgen. [2])

3. Auch die in den Quellen als Beispiele des Zufalls, ungeluckes, angeführten Thatbestände ergeben nichts für den Begriff desselben, resp. dessen Abgrenzung gegen das Verschulden. Sie lassen teils die Annahme, dass letzteres vorliege, ebensowohl zu, wie das Gegenteil [3]), teils sprechen sie doch lediglich aus, dass in dem betreffenden Fall ein Mangel an Vorsicht nicht vorliege [4]), ohne über den Grad der Vorsicht, dessen Anwendung das Verhalten in das Gebiet des Zufalls stellen würde, aufzuklären. Nur

---

oder unverdorben hätte behalten mögen, ohngeachtet seines hiebey angewandten fleisses.“

[1]) Darüber siehe Stobbe, Vertragsrecht. Abh. 3. S. 219 ff. u. a.

[2]) Aehnliche äusserliche Merkmale werden berücksichtigt in einem Lübecker Urteil v. 1479 (bei Michelsen, Der Oberhof von Lübeck No. 109) und im Landrecht der sieben Freien (Grimm, Weist. III. S. 68).

[3]) Z. B. Richtst. Ldr. c. 44. § 3; Berlin. Stadtb. S. 136.

[4]) Nordhsn. Weist. v. 1502 (bei Förstemann B. § 26).

Digitized by Google

einige späte Quellen mit reicherer Kasuistik geben uns einen Massstab für ihre Bemessung der erforderlichen Aufmerksamkeit.

Nordhäuser Weist. von 1502 (bei Förstemann B. § 26. Ist eyner ewir burger eynenn Rabenn in synem hoffe ansichtigk wurdenn, und dorauff eyn armbrost gespannet, eynenn vogelboltzenn do vorgeleget und seynn gesynde, dass sie yn denn schosz nicht gehenn soltenn, vorwarnet unnd angeschreyet, hadt er dann inn dem abeschyessen, als er nach dem Rabenn geschossenn, eyn weyb, das zu der hinderstenn Thorfart seyns hofes, do keynn gemeyner ingangk gewest, eyngegangenn, an das houbt getroffenn . . szo magk derselbe . . . solcher thadt halben dye ym vonn Zufalle unnd unvorsehens, ubir seynenn gethanen fleisz widerfarnn u. s. w.

Aehnlich Glosse z. Weichbild. Art. 38; Leipziger Schöffenurteil in dem Sachsenspiegel-Druck vom Jahr 1554 durch N. Wohlrab. Dresden; Blume d. Magdeb. Rechts. II. 2. c. 286.

Hier wird als Grenze der zu beobachtenden Vorsicht die Rücksicht auf das nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge eintretende aufgestellt, was darüber hinausliegt, fällt unter den Zufall, eine Berechnung etwa möglicher, aber ungewöhnlicher Ereignisse wird dem Handelnden nicht zugemutet. Ist es gestattet, von dieser spätern Auffassung auf die frühere zurückzuschliessen, so wäre der Standpunkt unserer Quellen der, dass sie als Verschulden den Mangel derjenigen Aufmerksamkeit betrachten, welche erforderlich ist, um die nach den Umständen des concreten Falls und dem gewöhnlichen Laufe der Dinge als möglich voraussehbaren schädlichen Folgen abzuwenden, mithin nur eine „gewönliche“ Vorsicht verlangen.

4. Doch bleiben wir zunächst bei den älteren Quellenstellen, so kommen wir hier zu keinem genauer bestimmten Begriff der rechtlich zu fordernden Sorgfalt; das Bedürfnis solcher genauen Bestimmung war auch in viel geringerem Masse als im römischen Recht vorhanden, da der wegen Schadens aus einer Handlung Verklagte ja sein Verhalten beschwor, und zwar nicht, indem er die Thatsachen erhärtete, sondern indem er direkt „die zu seiner Verteidigung aufgestellte, rechtlich formulirte Behauptung“ seiner Schuld oder Nichtschuld beeidigte.[1]) Die Beurteilung seiner Handlungsweise war seinem eigenen Gewissen, bezw. seinem eigenen Massstab für Schuld und Zufall überlassen.[2]) Und der Beklagte entschied

---

[1]) Planck, Gerichtsverfahren. Bd. II. § 101 bes. S. 29 f.

[2]) Stobbe, Vertragsrecht S. 291 f.

Digitized by Google

bei sich die Frage teils nach dem allgemeinen Rechtsbewusstsein, teils nach dem Masse seiner individuellen Verhältnisse, jedenfalls aber auch nach den Anschauungen des gewöhnlichen Lebens.

§ 5.

Fortsetzung.

1. Schon aus dem Gesagten geht hervor, wie wenig technisch bestimmt die Terminologie der Quellen ist; werden doch Fälle, deren species facti ganz die gleiche scheint, einmal ausdrücklich unter die von ungelucke, ein anderes mal unter die von warlose verübten Beschädigungen gestellt. Ebensowenig scheint ein festes Princip betreffs der Rechtsfolgen der unabsichtlichen Verletzungen zu bestehen, denn teils wird eine Entschädigungspflicht statuirt bei Beschädigungen, welche als zufällige bezeichnet werden[1]), teils findet eine solche nicht statt[2]), ja mitunter nicht einmal bei solchen Beschädigungen, welche offenbar verschuldet sind.[3])

Bei diesem Mangel einer „technischen Bedeutung" der für Schuld und Zufall gebrauchten Ausdrücke, werden wir den von John gewählten Weg „zur Feststellung des zu Grunde liegenden Princips zu gelangen" betreten müssen, „nämlich den, dass wir die Verhältnisse selbst, welche zur Entschädigungspflicht führen, näher ins Auge fassen" (a. a. O. S. 28).

Sehen wir von den auch von uns bereits oben anerkannten Fällen ab, in welchen die Nichtbeachtung eines Gebots oder einer allgemeinen rechtlichen Vorschrift die Handlung als verschuldete erscheinen lässt (bei John S. 28 f. 31 f.), so stellt John folgendes Princip auf (S. 29. 30):

Die Quellen führten eine Reihe von gefährlichen Handlungen auf, welche zwar an sich erlaubt, aber doch von der Art seien, dass sie stets den Handelnden zu einer Sorgfalt nötigten, welche einen schädlichen Erfolg mit Sicherheit vermeiden lasse. Bei diesen gefährlichen Handlungen, zu welchen die Quellen das Werfen und Schiessen nach einem Tier, das Umgehen mit Wagen und Pferden oder mit Turniergeräten ausserhalb der Schranken rechneten, sei nun der Grad der Vorsicht, welcher jeden nachteiligen Erfolg abwenden konnte, nicht nach einem allgemeinen, sondern nach dem Massstabe des einzelnen konkreten Falles bemessen worden. Sei nämlich in Folge der gefährlichen Handlung ein schädlicher Erfolg eingetreten, so

[1]) Z. B. Richtst. Ldr. 44. § 3.

[2]) Lübisches Stdtr. II. 170.

[3]) Z. B. Gosl. Stat. S. 46 Z. 41 ff.

Digitized by Google

hätten die Quellen angenommen, dass in diesem Falle nicht die erforderliche Vorsicht beobachtet worden sei; wo dagegen der schädliche Erfolg ausblieb, da hätte nach damaliger Rechtsansicht die erforderliche Vorsicht stattgefunden: „Die Quellen argumentiren (so sagt „John) in folgender Weise: Jeder, der ein Pferd besteigt, der einen „Wagen lenken will, soll wissen, dass er etwas unternimmt, woraus „Schaden entstehen kann; weiss er nicht die Zügel zu handhaben, „so mag er wegbleiben, wo ihm die erforderliche Geschicklichkeit „mangelt; oder thut er es doch, so thue er es wenigstens ebenso, wie auf die Gefahr hin, andere zu beschädigen, so auch auf seine „Gefahr, Andern den durch ihn veranlassten Schaden zu ersetzen.“ (a. a. O. S. 30.) Diese Anschauung erkläre sich daraus, dass die damalige Zeit eine andere Ansicht über das, was „gehörige, billigerweise zu fordernde Aufmerksamkeit“ sei, als wir heutzutage, gehabt habe (S. 24).[1])

Dieser Erklärungsversuch John's ruht auf seinem schon oben (§ 2) als principiell unrichtig bezeichneten Ausgangspunkt; die Voraussetzung, auf welche seine Theorie gebaut ist, erweist sich als unzutreffend. Es möge hier noch eine Bemerkung erwähnt werden, welche recht deutlich zeigt, wie John seine ganze Untersuchung auf Prämissen aufbaut, welche, für das Deutsche Recht mindestens, unbewiesen sind. Er sagt (S. 26) ganz richtig: „Die „Unterscheidungen innerhalb der unabsichtlichen Rechtsverletzungen „sind nicht das Gegebene, sondern das zu Suchende“, führt dann aber fort: „Wenn — Unterscheidungen der angegebenen Art ge- „macht sind, so müssen sie sich in ihren Wirkungen geäussert „haben. Diese Wirkungen zeigen sich in der rechtlichen Beurthei- „lung der Handlungen“ — d. h. wie weiter unten bemerkt wird, darin, ob eine Verantwortlichkeit, Entschädigungspflicht für dieselben anerkannt wurde —; „sind diese verschieden, so müssen auch die „Ursachen, die unabsichtlichen Handlungen selbst verschieden be-

[1]) Die Aufstellung der vierten Kategorie von Verhältnissen, welche zur Entschädigungspflicht führen, a. a. O. S. 32, gehört nicht in den Zusammenhang; es liegt hier (Magdeb.-Görlitzer Recht. Art. 111; Rechtsbuch von der Gerichtsverfassung [bei Laband, Magdeb. Rechtsquellen S. 32 ff.] (XIV) 12 § 4; Weichbild [bei Daniels] Art. 17. § 4) ein Tatbestand vor, welcher aus dem Gesichtspunkte des Vertragsrechts zu beurteilen ist. „Der Richter haftet ähnlich dem Bürgen für das Wiedervorbringen des der vronegewalt Ueberantworteten (Planck a. a. O. Bd. II. 361)“. Zwischen dem Richter und der betr. Partei entsteht ein Verpflichtungsverhältnis, dessen Inhalt, Sicherstellung für das Wiedererscheinen des festgehaltenen Gegners, auch die Haftung bestimmt. Uebrigens ist es auch verfehlt, aus dieser völlig singulären Bestimmung allgemeine Grundsätze ableiten zu wollen.

Digitized by Google

urteilt worden sein. Diese Argumentation dürfte doch nur dann richtig sein, wenn zuvor bewiesen wäre, dass im Deutschen Recht die Entschädigungspflicht zur notwendigen Ursache das Verschulden und umgekehrt das Nichtbestehen einer solchen den Zufall als Ursache voraussetzt. Dies setzt John bei seiner Untersuchung der Quellen aber bereits als feststehend voraus.

3. Doch fragen wir nun, wie John's Erklärung zu den Quellenaussprüchen stimmt.

Nach John's Ansicht besteht nach sächsischem Recht bei gewissen gefährlichen Handlungen die Präsumption, dass ein in Folge einer solchen eingetretener Schade durch die Nichtanwendung der gehörigen Vorsicht seitens des Handelnden entstanden sei, dass „warlose überall da anzunehmen, wo eine gefährliche Handlung von einem schädlichen Erfolge begleitet war.“ Die einfache Thatsache des schädlichen Erfolgs schafft also eine Präsumption der Schuld, der Vernachlässigung der erforderlichen Aufmerksamkeit, gegen welche es keinen Gegenbeweis giebt.

a. An sich ist ja nun ein solcher Standpunkt dem Deutschen Recht, welches im Vertragsrecht solche Abmessungen der Schuld nach gewissen äusserlichen Momenten in häufiger Anwendung kennt (vergl. Stobbe Vertragsrecht S. 217 f. 219 f. 259), und im Process sich fast ausschliesslich mit formeller Wahrheit begnügt, nicht gerade fremd; es muss jedoch auffallen, dass, nach John's Annahme, derselbe sich gerade in solchen Quellen findet, welche, wie der Ssp., das Rechtsbuch n. Distinctionen, das Hamburger Recht, im Vertragsrecht diesen äusserlichen Standpunkt nicht haben, sondern auf das innere Moment, die Schuld, sehen.[1])

Es ist ferner auffallend, dass die Behandlungsweise der ausscrcontractlichen Beschädigungs-, namentlich der Tödtungsfälle fast ohne Ausnahme in allen Quellen, auch in den späteren, dieselbe ist: überall finden wir „gefährliche Handlungen“ mit schädlichem Erfolg erwähnt, finden wir ähnliche Ausdrücke zur Bezeichnung der Unabsichtlichkeit; genug, dieselben Tatbestände, an denen John sein Princip entwickelt. Es genüge hier beispielsweise die Bestimmung der Frankenhausener Statuten von 1558 Buch 4 Art. 12[2]) anzuführen, wo der Fuhrmann zur Wergeldszahlung verpflichtet wird, wenn „ein Mensch under dessen Wagen ge-

---

[1]) Stobbe a. a. O. S. 218 zu N. 5; S. 222; S. 223. 224. N. 12.

[2]) Walch, Vermischte Beiträge z. d. Deutschen Recht. Bd. 1. S. 192 ff.

Digitized by Google

fallenn undt zu todt gefahrenn oder auch von phaerdenn erschlagenn und ertretenn ist;" ferner Lauenburger Statuten Teil 4, 11,[1]) Rechte, welche schon unter dem Einfluss des römischen Rechts entstanden sind, in welchen man doch jenen äusserlichen Standpunkt nicht mehr erwarten sollte.

b. Ausserdem erscheint auch jener im Vertragsrecht angewandte Massstab der Schuld oder Unschuld als ein wesentlich verschiedener von demjenigen, dessen Anwendung John bei der aussercontractlichen Beschädigung annimmt. Dort wird das Kriterium in einem nach aussen hin an gewissen Merkmalen hervortretenden Verhalten, so in der Sorgfalt, die man auf die fremden Sachen im Verhältnis zu der, welche man auf die eigenen verwendet, gefunden; aber nur wenige Quellen geben doch dem Erfolg allein (der Erhaltung bezw. des Mitverlustes der eigenen Sachen) die Kraft einer unwiderleglichen Präsumption für Schuld oder Zufall (s. Stobbe a. a. O. S. 220 f. [2]). Die Mehrzal fordert vielmehr den Beweis, dass man die gleiche Sorgfalt auf die fremden, wie auf die eigenen Sachen verwendet (Stobbe S. 219. N. 6) oder stellt die Entscheidung auch bei blossem Verlust der fremden Sachen in letzter Linie doch auf den Unschuldseid des Verklagten (Stobbe S. 223 f. vergl. besonders die daselbst angeführten Stellen aus dem Hamburger Recht, Magdeburger Fragen, und die S. 224. N. 12 cit. Langenbecksche Glosse.) Es muss daher das von John angenommene Princip, nach welchem nur aus dem schädlichen Erfolg einer Handlung auf die Schuldhaftigkeit geschlossen, und zwar ohne Möglichkeit eines Gegenbeweises geschlossen wird, notwendig befremden. Jedenfalls wird man nicht ohne den dringendsten Zwang die Geltung desselben im Deutschen Recht annehmen dürfen.

c. Unsers Erachtens liegt ein solcher Zwang aber in den Quellenaussprüchen, welche John citirt, keineswegs. Macht man sich von seiner Anschauung los, „dass der Grund der „Erscheinung, dass objectiv gleiche Rechtsverletzungen bald

---

[1]) Pufendorf, Observationes juris. Bd. III. Apend. S. 284 ff.

[2]) Auf diesem Standpunkt steht zwar bezüglich der Beschädigung durch unerlaubte Handlung die bereits oben erwähnte Stelle Purgoldt III. 20; es ist aber zu bemerken, dass hier jenes äusserliche Moment nur in beschränktem Umfange als entscheidend anerkannt wird; vergl. den Schluss der Stelle

Digitized by Google

„Entschädigungspflicht fordern, bald nicht, nur in einer ver„schiedenen Beurtheilung des Schuldmoments gefunden „werden kann“ (a. a. O. S. 13.); erwägt man, dass die „objektive Gleichheit“ der in den verschiedenen Quellen erwähnten Rechtsverletzungen doch durchaus nicht ohne weiteres angenommen werden darf, wenn die auf das Willensmoment hindeutenden Ausdrücke verschieden sind; bedenkt man ferner, dass die Möglichkeit des Bestehens abweichender Grundsätze in den verschiedenen Quellen durch die äusserliche Aehnlichkeit ihrer Entscheidungen noch keineswegs ausgeschlossen wird, so erscheinen die Beweggründe, welche John zur Annahme des erwähnten Princips nötigen, um so mehr erschüttert, als (wie hier als vorläufiger Beleg erwähnt werden mag) wenigstens eine Stelle, welche John nur durch seine Theorie erklären zu können glaubt, sich mit derselben u. E. durchaus nicht vereinigen lässt. Wir meinen die Bestimmung des Lübischen Rechts Cod. II. 255.

John sagt über diese Stelle (S. 30. N. 36): „So — d. h. aus „der oben S. 11 f. citirten Argumentation — erklärt sich auch die „Bestimmung des Lübischen Rechts II. 255. Die Entschädigung „— allerdings beschränkt durch die noxae deditio — tritt noch ein, „obwohl der Wagenführer sunder sine wanhude unde arghelist ge„handelt hat. Es scheint, dass wanhude hier auf eine bestimmt zu „präcisirende Unvorsichtigkeit ginge, welche für den Erfolg der „arghelist gleich behandelt werden müsste. Dass aber die den „Schadensersatz rechtfertigende Unvorsichtigkeit vorhanden gewesen, „zeigt sich in der eingetretenen Beschädigung.“

Die Stelle sagt doch einfach: Der Wagenführer haftet für den durch sein Gefährt angerichteten Schaden nur dann, wenn er daran Schuld hat; kann er beschwören, dass er weder durch Vorsatz (arghelist) noch durch Unachtsamkeit (wanhude, wörtlich: mangelhafte Bewachung, des Gefährts nämlich) den Schaden herbeigeführt hat, so hat er nicht denselben zu ersetzen, sondern das Gefährt, d. h. der Eigentümer desselben kann es derelinquiren unter den für die Fälle eines durch Tiere angerichteten Schadens bestimmten Voraussetzungen. Es wird hier also über die Verpflichtungen zweier verschiedener Personen entschieden, einmal über die des Wagenführers (wie die Parallelstellen der andern Quellen ergeben, ist hier wol hauptsächlich an den Knecht gedacht), welche hier abweichend von den sonstigen Grundsätzen des Lübischen Rechts regulirt wird (cf. III. 315), sodann über die des Herrn, dessen Haftung sich nach den Grundsätzen über Tierschaden bestimmt; auch wenn der Eigen-

Digitized by Google

tümer selbst den Wagen lenkte, haftet er doch bei Abwesenheit von Schuld nur qua dominus, nach dem übereinstimmenden Grundsatze sämmtlicher Quellen. Es ist also unrichtig, wenn John sagt, das Vorhandensein der Unvorsichtigkeit zeige sich in der eingetretenen Beschädigung, denn trotz der Beschädigung kann sich der Wagenführer befreien durch den Beweis, dass ihm keine Unvorsichtigkeit zur Last fällt.

§ 6.

2. Die Thatbestände der Beschädigungen.

Suchen wir nun aus den Quellenaussprüchen die Anschauung des Deutschen Rechts zu ermitteln.

1. Ueberblicken wir die bezüglichen Stellen der Rechtsquellen, so fällt die Thatsache auf, dass bei weitem die meisten dort aufgezählten Fälle Tötungen oder Körperverletzungen sind, bezw. doch solche als Beispiele erwähnen. Ebenso regelmässig tritt, bei der Festsetzung der Rechtsfolge der Beschädigung, in den Vordergrund die Verneinung der Straffolge, entsprechend der starken Betonung der Unabsichtlichkeit der Handlung, der Abwesenheit des bösen Willens, welch' letztere auch regelmässig Gegenstand des zu leistenden Unschuldeides ist. Es lassen sich diese Erscheinungen fast in allen Quellen beobachten.

> Ssp. II. 38. — oder of he schüt oder wirpt enen man oder en ve— Hir umme ne verdelt man ime nicht sin lif noch sin gesunt, of die man joch wol stirft; wende he mut ine gelden alse sin weregelt stat.[1])
>
> Richtst. Ldr. 44. § 2. Der Angeklagte verteidigt sich: der Totschlag sei geschehen deger (gänzlich) ane sinen willen unde is eme also leit alse ienegen siner vrunde etc.
>
> Blume des Magdeb. Rechts I. 124: wen mir sotan geschichte leider geschen ist wider alle meinen willen one allirleye bosin vorsacz . . . unde ny keins argin dorin gemeint habe;
>
> Gosl. Stat. S. 41. Z. 1. Wenn es geschähe, dat en scaden dede ane sinen dank, dar en dot blewe oder ghewundet wörde, de moste dat — irweren, dat it ane sinen dank geschen were. So ne tredet ime dat an dat lif nicht etc.[2])

---

[1]) Ebenso Berliner Stdtb. S. 101. 160 f.; Blume d. Magdb. Rechts II. 2. 228; Glogauer Rechtsbuch (bei Wasserschleben, Rechtsquellen) c. 234; Lauenburger Stat. IV. 11 (Pufendorf obss. iur. III. app. S. 284 ff.); Glosse z. Weichbild Art. 38 — totit eyner — ane allen bozin willen —; Statuten von Greussen IV. 31 (bei Walch, Vermischte Beiträge etc. Bd. VII. S. 67 ff.).

[2]) Frankenhaus. Stat. IV. 12 (Walch a. a. O. Bd. I. S. 193 ff.).

Digitized by Google

Rechtsb. n. Dist. IV. 1. 3. Geschit ein blutrunst von ungeschichten dingen undankes, tut er sinen eid darczu, das ym leit sy gewest unde noch leit sy, der lidet eine slechte busze unde nicht frevelz busze; ferner IV. 15. 2; IV. 4. 2.

Es ergiebt sich schon für die oberflächlichste Beobachtung, wie scharf der Unterschied zwischen Absicht und Unabsichtlichkeit aufgefasst ist, wie sehr aber auch, ja fast ausschliesslich, der Ton auf dieser Unterscheidung liegt. Es ist die Negation des Vorsatzes, des ungerichts, frevels, und ebenso die Negation der Rechtsfolge desselben, der peinlichen Strafe oder der frevelz busze, welche die Quellen betonen wollen, hierin liegt der Schwerpunkt der Entscheidung, wie in den Volksrechten in dem „nolendo“ und dem „faida non requiratur“ (vergl. Wilda, Strafrecht der Germanen S. 545 ff. Osenbrüggen, Langobardisches Strafrecht S. 31. Schmidt, Grundsätze über den Schadensersatz pp. S. 33). Die Stellen wollen in erster Linie nicht die Grundsätze über den Schadensersatz entwickeln, sondern den Unterschied zwischen willentlicher und willenloser Verletzung in seinen Folgen hervorheben, die Strafbarkeit der letzteren verneinen.

Es hängt dies mit der prozessualischen Behandlung der Schadensklagen aus Vergehen zusammen; sie sind eigentlich „peinliche Klagen“, „ihr Inhalt ist das vom Beklagten verübte Unrecht“ (Planck a. a. O. I. S. 742 f.); an sich ist mit dem Bekenntnis bezw. der Ueberführung der That, namentlich der Tötung oder Verwundung der Vorwurf des Unrechts begründet, die Schuld ersichtlich, somit ihre Rechtsfolge, Strafe an Leib und Leben bezw. Busse, feststehend; erst des Beklagten durch Nichtwollen, Mangel des zum Begriff des ungericht gehörigen Willens, motivirtes versaken macht die Klage zur borgerliken, bezw. befreit ihn sein Abschwören jeglicher Absicht von Busszahlung, ändert den Umfang seiner Verpflichtung. Immer ist der Gang des Verfahrens der von diesem Mehr der öffentlichen oder Privatstrafe auf das Minder der Ersatz-Verpflichtung. — Vergl. überhaupt Planck a. a. O. I. S. 361., bes. § 82 und die bezeichnende Schilderung des Richtsteigs c. 44.

2. Aus dem Gesagten ist aber der Schluss gerechtfertigt, dass auch diejenigen Ausdrücke der Quellen, welche den Mangel des Vorsatzes, die Unabsichtlichkeit bezeichnen, bei weitem mehr technisch sind, als diejenigen, welche irgend eine Stufe der Unabsichtlichkeit andeuten. Bei den letzteren wird daher nicht allein ihre sprachliche Bedeutung zu berücksichtigen sein, vielmehr muss ihr juristischer Sinn in jedem Falle aus dem Zusammenhange, in welchem sie gebraucht sind, ersehen werden. Da ergiebt sich dann eine

Digitized by Google

„Flüssigkeit“ dieser Ausdrücke, welche vor der Annahme warnt, als ob in jedem Falle derselbe Begriff durch sie bezeichnet würde. Es kann hier auf das oben im § 4 Gesagte verwiesen werden, im übrigen ist hier noch folgendes zu bemerken:

a. Würden die Worte ungelucke, ungeschicht etc. streng in dem Sinn von casus, Mangel jedes Verschuldens, verstanden, so ergäbe sich das widersinnige Resultat, dass nach denjenigen Quellen, welche Ausdrücke für die schuldvolle Absichtslosigkeit nicht gebrauchen, wie den Gosl. Stat., dem Rechtsb. n. Dist., der unabsichtlich Tötende nur dann mit der Wergeldszahlung davon kommt, wenn er ohne jede Nachlässigkeit handelte (vgl. Rb. n. Dist. IV. 15. 2. Gosl. Stat. 41, 1), während doch eben diese Quellen den zu leistenden Unschuldseid allgemein auf das Handeln ane dank stellen[1]), ja für alle unabsichtlichen Beschädigungen den Fortfall der Privatstrafe bestimmen (Gosl. Stat. S. 40. 42). So scheinen jene Worte nur im Sinne des gewöhnlichen Lebens angewendet zu sein.[2]) [3])

b. Dasselbe gilt nun aber teilweise von den das culpose Verhalten bezeichnenden Ausdrücken. Zwar wanhude wird wol im Lübischen Recht nur in der präcisen Bedeutung der Fahrlässigkeit gebraucht, warlose, verwarlosung hat indessen, wenigstens in einigen späteren Quellen, seine technische Bedeutung anscheinend verloren. So heisst es in der dem Ssp. nachgestellten Abhandlung von wetten und Bussen (in dem durch N. Wolrab besorgten Druck Dresden 1554) unter der Rubrik „Todschlege ohne fürsatz“:

> Wo aber ein todschlag nicht mit fürsatz und arger list, sondern von verwarlosung geschehe, als ob ein unsinniger un unweiser mensch (als ein kind) einen tödtet, u. s. w.; ebenso Glosse z. Ssp. III. 45.

---

[1]) Siehe die citirten Stellen.

[2]) Dies versteht sich mit der Einschränkung, dass in solchen Stellen, welche das „Unglück“ in ausdrücklichen Gegensatz zu einem schuldhaften Verhalten setzen, in der That der Zufall, die Abwesenheit jeder „Verwarlosung“ durch Ausdrücke wie ũnglücke etc. bezeichnet wird. Vergl. oben § 4, wo auch Beispiele gegeben sind.

[3]) Derselben Ansicht schon Maurenbrecher a. a. O. § 5. — Bemerkenswert ist, dass auch die C. C. C. diesen Sprachgebrauch noch hat. Im Art. 146 wird unter dem Ausdruck „von ungeschichten“ ebenso die culpose, wie die casuelle Handlung zusammengefasst; derselbe bedeutet also nichts specielleres, als wir etwa durch „unglücklicherweise“ bezeichnen.

Digitized by Google

Gleichlautend eine Stelle in den in der citirten Ssp.-Ausgabe folgenden „Urteil der Schöffen zu Leipzig" unter der Rubrik „von wette und busse"; zugesetzt wird hier u. a. das Beispiel:

oder so einer in einem walde einen baum fellet und schlüge also durch solch fallen einen Menschen todt, und einer thet bey solchen dingen mit verwarnunge und rüffung seines geschreis . . . . seinen besten fleiss.

Hier wird als Beispiel der Verwarlosung aufgeführt der Fall der Tötung durch ein Kind oder einen Wahnsinnigen, obwol deren Unzurechnungsfähigkeit doch allgemein in den Quellen anerkannt ist, ferner ein Fall der Tötung, bei welchem gerade der Handelnde „seinen besten Fleiss that", also keine Verschuldung vorliegt. — Es ist mithin die Bedeutung von „warlose" zu der allgemeinen abgeblasst, wie sie heute etwa das Wort „Versehen" im täglichen Leben hat.

3. Für das soeben Ausgeführte giebt es aber zwei classische Quellenzeugnisse, welche uns ausserdem der Lösung unserer Aufgabe einen Schritt näher bringen. Es sind das die, beide auf dem Ssp. II. 38 beruhenden und in der Entscheidung wie der Erzählung des Thatbestandes im wesentlichen durchaus mit ihm übereinstimmenden Stellen: Richtst. Ldr. 44 und Poelmann'sche Distinctionen II. 11 d. 3.

a. In der schon wiederholt angeführten Stelle des Richtst. wird dem Beklagten, welcher bekennt einen Menschen aus Versehen durch Schiessen oder Werfen getötet zu haben, der Eid selbsiebende dahin auferlegt, dat it van ungelucke tu komen si[1]), dessen Leistung ihn nur noch zur Entschädigung durch Wergeldszahlung verpflichtet. Ungelucke kann hier unmöglich nur Zufall, Abwesenheit der warlose bedeuten, denn bei dieser Annahme ergäbe sich die, mit sämmtlichen andern verwandten Quellen und der ganzen strafrechtlichen Behandlung der Fahrlässigkeit in denselben im schneidendsten Widerspruch stehende Lehre, dass auch die fahrlässige Tötung für den Thäter „enes morderers dod" zur Folge hat. Ungelucke kann aber ebenso wenig nur Fahrlässigkeit, also gleich warlose im technischen Sinne sein; es wäre dies sprachlich nicht denkbar und ein solcher

[1]) Das zweite Eidesthema: „dat he vor nene wrake mit em ne badde" soll nur die Abwesenheit eines Motivs zur absichtlichen Tötung sichern und die letztere noch unwahrscheinlicher machen.

Digitized by Google

Gebrauch dieses Wortes für einen seiner etymologischen Bedeutung gerade entgegengesetzten Begriff, ohne jede Analogie. Mithin muss ungelucke an dieser Stelle die Unabsichtlichkeit nach ihren beiden Richtungen, der schuldhaften wie der schuldlosen, bezeichnen.

b. Poelmanns Distinct. II. 11. d. 3. geben zunächst den Ssp. II. 38. wieder und verlangen vom Beklagten den Eid,

das es ohne argelist in verwarlosung geschehen sey.

Auch hier stehen wir vor einer Alternative: Nehmen wir an, dass verwarlosung hier technische Bedeutung hat, so sehen wir uns wieder einer Thatsache gegenüber, für welche es uns in unseren Quellen an jeder Analogie fehlt, denn nirgends wird der Unschuldseid des Beklagten, der sich mit dem Mangel des Vorsatzes verteidigt, auf das Vorhandensein der Fahrlässigkeit gestellt, stets allgemeiner auf die Unabsichtlichkeit (vergl. oben § 6. 1 und Planck a. a. O. I. § 82, bes. S. 755 ff., II. § 101, 110, bes. S. 111); dass auch die Normirung in Richtst. Ldr. 44, 3 keine Abweichung hiervon bedeutet, ist soeben nachgewiesen. Eine Begründung solcher abnormen Erscheinung suchen wir in der Stelle vergebens, und so sind wir zu der gegenteiligen Annahme, dass verwarlosung nicht technisch gebraucht ist, genötigt. Dann kann es aber wiederum nur die Unabsichtlichkeit im allgemeinen ohne Rücksicht auf Schuld bezeichnen.

c. Die juristische Thatsache aber, auf welche der Unschuldseid des Beklagten gestellt wird, ist die über seine Entschädigungspflicht[1]) entscheidende. Diese Thatsache ist nun durchweg[2]) die Unvorsätzlichkeit, und so können wir schon hier als Ergebnis des Bisherigen den Satz aufstellen: Die Pflicht zum Schadensersatz tritt beim damnum corpori datum ohne Rücksicht auf die Schuldhaftigkeit der schadenden Handlung ein.

4. Die verteidigte generelle Bedeutung von verwarlosung an der zuletzt behandelten Stelle lässt sich aber noch von einem anderen Gesichtspunkte aus wahrscheinlich machen. Die Anhänger der Ansicht, welche John vertritt, stehen hier vor einem Rätsel.

---

[1]) Wir gehen hier von der auch sonst in der Literatur vertretenen Ansicht aus, dass das Wergeld die Natur einer Entschädigung hat; näher kann erst später hierauf eingegangen werden.

[2]) Wegen der Beläge sei wieder auf Nr. 1 dess. § verwiesen.

Digitized by Google

Tritt wirklich die Entschädigungs-Folge bei gefährlichen Handlungen nur ein, wenn eine, wie auch immer begründete Schuld vorliegt, so ist es doch geradezu sinnlos, den Beklagten eben das Vorhandensein dieser Schuld beschwören zu lassen, während er sich doch durch den Beweis der Schuldlosigkeit befreien könnte. Dies führt uns zugleich auf einen weiteren Punkt. Wir haben oben gesehen, dass die Quellen sehr wol zwischen culpa und casus, zwischen schuldhafter und schuldloser Unabsichtlichkeit, zu unterscheiden wissen, mögen die Begriffe auch noch so flüssig und der festen Norm ermangelnd erscheinen; wir machen ferner die Bemerkung, dass dieser Unterschied nicht nur hervorgehoben wird, sondern auch in begrifflich scharfer Formulierung erscheint da, wo er von Bedeutung für die Rechtsfolgen der Handlungen ist. Das zu erkennen genügt ein Blick auf die Bestimmungen des Vertragsrechts. Dieselben Quellen, welche (nach John) den Schadenserfolg als unwiderlegliche Schuldpräsumption betrachten, geben hier dem Beklagten, der nicht für casus haftet, allgemein das Recht, sich durch Beeidigung der Schuldlosigkeit von der Ersatzpflicht zu befreien. Gewisse äusserliche Momente (Verlust durch Diebstahl, ohne Mitverlust der eigenen Sachen) geben zwar eine Präsumption für casus resp. culpa. Das Hauptgewicht liegt aber doch, von einer kleineren Anzahl von Quellen abgesehen, auf der Schuld. Als Beispiel genügt es, nur einige der zahlreichen Belegstellen anzuführen: Ssp. I. 11. 23; III. 5. § 3. 5; Magdeb. Fragen II. 7. d. 1 u. a. m.; vergl. Stobbe, Vertragsrecht, Abh. 3. Ueberall kommt der Beklagte zum Unschuldseide. Vergl. auch Planck a. a. O. II. S. 29 bes. 30, § 110.

Da ist es denn wol eine sehr naheliegende Frage: Wie ist es zu erklären, dass nur im Vertragsrecht die Schuldlosigkeit, wo sie vom Ersatz befreit, dem Beklagten beweisbar ist, während sonst er bei schadenstiftender Handlung unrettbar der Präsumption, dass dieselbe verschuldet, unterliegt? Diese Erklärung ist uns John schuldig geblieben und in der That kann er von seinem Standpunkt aus jene Erscheinung auch gar nicht erklären, da er die einzig befriedigende Erklärung ablehnen muss, nämlich die, dass bei ausser-contractlicher Beschädigung die Ersatzpflicht ohne Rücksicht auf Schuld eintritt.

5. Und auch abgesehen von dem Gebiete des Vertragsrechts bieten sich doch auch auf dem der Deliktsobligationen der aufmerksamen Beobachtung Erscheinungen dar, welche ergeben, dass die „wedderrede“ der gehörigen Sorgfalt da, wo sie vom Ersatz befreit, dem Beklagten keineswegs abgeschnitten gewesen sei.

Digitized by Google

a. Hier ist zunächst zu erwähnen Richtst. Ldr. 43 § 9, wo der Vormund, welcher wegen der durch sein Mündel verübten Beschädigung in Anspruch genommen wird, sich befreit durch die Einrede, dass er an der Beschädigung nicht schuld sei, mit der (je nach den Lesarten verschiedenen) Erklärung, er habe das Kind in gehöriger Zucht gehalten, bezw. er habe es nicht zwingen können.[1]) Der nur bei eigener Schuld haftende Vormund entgeht also der Ersatzpflicht durch die motivirte Behauptung seiner Schuldlosigkeit.

b. Sicherer, weil nicht von textlichen Untersuchungen abhängig, ist das Ergebnis, welches Rechtsb. n. Dist. II. 2, 12 liefert. Die Stelle bestimmt zuerst, dass gewisse Handwerker ihre zu ihrem Gewerbe nötigen Feuerstätten in besonderer, wol durch Polizeivorschriften (v. irsaczten rechten) angeordneter Weise sichern sollen, und bei Unterlassung der Vorsichtsmassregeln für allen denjenigen Schaden verhaftet sind, welcher durch einen Brand in der Werkstatt entsteht. Dann heisst es:

Queme abir fur von ome usz in andern gemachen, wen dy he von irsaczten rechten bewarn sulde, tud her dorczu sinen eyd, daz is om leyt sy, unde ane sine schult, so ist her ledig der not.

Der im Hause des Handwerkers ausbrechende Brand gilt immer dann als verschuldet, wenn er in den nicht dem Rechte gemässs versicherten Feuerstätten auskommt; es spricht dagegen die Präsumption für casuelle Entstehung, wenn das Feuer in anderen Räumen seinen Anfang nimmt. Diese Präsumption ist aber keine absolute, die Entscheidung liegt in dem Schuldmoment, in dem Eide des Hauseigentümers, dass das Feuer ohne seine Absicht entstanden (daz is om leyt sy) und dass er zugleich auch ohne jede Schuld (a. s. sch.) daran sei. Die hier nur bei schuldhafter Beschädigung erwachsende Entschädigungspflicht kann also der Beklagte durch die Beeidigung der Schuldlosigkeit abwenden. — Die Beschränkung der Ersatzpflicht

---

[1]) Der Homeyersche Text liest freilich anders (Homeyer zu der Stelle No. 90). Warum ich die oben angeführten Lesarten für besser halte, wird seine Erklärung unten, bei der Behandlung der Haftung für den durch Kinder verursachten Schaden finden.

Digitized by Google

auf den Fall der Schuld wird erst weiter unten zu erklären sein.

c. Ein drittes Beispiel enthält Lübisches Recht II. 255, wo der Wagenführer, dessen Gefährt Schaden angerichtet hat, sich befreien kann durch den Eid,

dat it sunder sine wanhude unde arghelist[1]) geschen si, also: dass ihn keine Schuld irgendwelcher Art treffe. Auch diese Stelle, wegen deren Interpretation auf das oben § 5 a. E. Gesagte verwiesen sei, ergiebt demnach das nämliche Resultat: Trotz des durch „gefährliche Handlung" gesetzten schädlichen Erfolgs steht dem Handelnden der Beweis der Schuldlosigkeit offen, der eingetretene Schade schafft nicht die Präsumption des Verschuldens, der wanhude, da, wo das Recht nur für den verschuldeten Schaden haftbar macht.

Auch hier also gelangen wir nicht zu einer Bestätigung, sondern zu einer Durchbrechung des John'schen Princips.

6. Auch die Stelle des Ssp., auf welche John sich am scheinbarsten für seine Ansicht, dass nur bei Schuld die Ersatzpflicht eintritt, berufen könnte, spricht doch u. E. nicht für ihn. Wenn es Ssp. III 48 § 3 heisst:

Blift aver en ve dot oder lam von enes mannes sculden, unde doch ane sinen willen, unde dut he dar sinen eid to, he gilt it ane bute, alse hir vore geredet is,

so ist allerdings die Ersatzpflicht auf den Fall beschränkt, wo die Verletzung von des Beklagten sculden eingetreten ist, aber „von sculden" braucht mindestens nicht „durch Verschulden" zu bedeuten. Denn einmal ist scult nicht gleich dem Worte Schuld, in seiner heutigen Bedeutung, sondern hat ursprünglich eine allgemeinere Bedeutung: „schult ist im allgemeinen das Verhältniss dessen, der „für etwas als Urheber einsteht", . . „bewirkendes Zuthun überhaupt, Ursache etc. [2])", dann erst Vergehen, Verschuldung; sodann kommt aber die Verbindung „von sculden" sehr häufig in der Bedeutung „von wegen" vor, entsprechend dem latein. causa mit

[1]) Bemerkenswert ist, wie auch hier wieder, ebenso wie in der vorher unter b) citirten Stelle und in Richtst. Ldr. 44 § 3 (oben S. 18 Note) trotzdem, dass in der beschworenen Willensrichtung (von ungelucke etc.) begrifflich bereits die Abwesenheit des bösen Willens liegt, doch noch daneben der Mangel desselben als Eidesthema auftritt; gewiss ein Beweis, wie sehr die Unterscheidung zwischen Absichtlichkeit und Unabsichtlichkeit vor der innerhalb der Unabsichtlichkeit prävalirt.

[2]) Lexer, Mittelhochdeutsches Wörterbuch s. h. v.

Digitized by Google

pron. poss. oder genitiv.[1]) Demgemäss übersetzt auch Homeyer (Glossar s. v. scult 5) van enes sculden, unter Anziehung unserer Stelle: „durch Jemandes Zuthun“, jedenfalls ganz im Sinn des Textes, da diese Interpretation durch die Fassung der Stelle nur unterstützt wird. Es ist nämlich zu beachten, dass auch hier jedenfalls der vom Beklagten verlangte Eid, wie wir bereits als Regel gefunden haben, sich nur auf das Handeln ane dank bezieht. Dann aber spricht nichts dafür, dass v. s. sculden eine bestimmte Willensrichtung bezeichne, vielmehr gewinnt die Annahme an Sicherheit, dass es auch an dieser Stelle, dem obigen Sprachgebrauch entsprechend, in der allgemeinen, das Willensmoment in suspenso lassenden Bedeutung steht, nur das äusserliche Moment, den ursächlichen Zusammenhang von Handlung und Beschädigung andeuten soll. Ein Argument hiergegen darf man auch nicht in dem Satzbau sehen wollen, denn der Gegensatz, welcher durch die Nebeneinanderstellung der beiden Wortverbindungen bezeichnet werden soll, braucht nicht der der Schuldhaftigkeit und der Unabsichtlichkeit zu sein (zwar durch sein Verschulden — aber absichtslos), er kann ebensogut der des objektiven und des subjektiven Verhältnisses zwischen That und Erfolg sein (fecit quidem — sed nolendo). Es würde dies ein weiterer Beleg für das oben (unter 1) gesagte sein.

Völlig entscheidend für die letztere Erklärung sind aber die oben angeführten sprachlichen Erwägungen, zu welchen als ein höchst wichtiges Moment noch der Sprachgebrauch des Ssp. tritt, nach welchem „scult“ in der Bedeutung „Verschulden“ nur in der Verbindung „ane sine scult“ vorkommt (Homeyer, Glossar s. h. v. Nr. 4).

7. Fanden wir in den bedeutendsten früheren Quellen unserer Periode die Auffassung Johns in keiner Weise bestätigt, so begegnen wir in einigen am Schlusse der Periode stehenden, aber noch wesentlich rein deutsch-rechtlichen Aufzeichnungen Entscheidungen, welche in direktem Widerspruch zu Johns Ansicht ausdrücklich die Entschädigungspflicht für den Fall der schuldlosen Beschädigung, des casus, bestimmen. So in der bereits citirten Stelle der Leipziger Schöffenurteile (im Wolrab'schen Ssp.-Druck) unter der Rubrik „von wette und busse[2]) und Nordhäuser Weist. (bei Förstemann a. a. O.)

---

[1]) Grimm, Grammatik III. 267.

[2]) Vergl. Blume d. Magdeb. Rechts II. 2. c. 246; Glosse z. Weichbild Art. 38.

Digitized by Google

B. § 26 von 1502[1]), wo deutlich ausgesprochen ist, dass Ersatz- resp. Wergelds-Leistung auch da statt hat, wo der Beschädiger keine Schuld am Schaden hat, dass er Alles, was den Umständen nach erforderlich war, bezw. was er thun konnte (seinen besten fleiss), gethan hat, um den Schaden abzuwenden, wo der Schaden also „ubir seynenn gethanen fleysz" eingetreten ist.

Wollte man auch bezüglich solcher Stellen noch behaupten, dass eine Schuld als vorhanden gedacht, dass der Mangel der erforderlichen Vorsicht aus dem schädlichen Erfolge gefolgert sei, wie John als Regel annimmt, so wäre z. B. in der cit. Stelle des Nordhäus. Weistums die genaue Aufzählung aller von dem Schützen getroffenen Vorsichtsmassregeln, die Anführung aller ihn entlastenden Umstände (zu der hinderstenn Thorfart do keynn gemeyner ingangk gewest), die Charakterisierung der Beschädigung als einer ubir seynenn gethanen fleisz geschehenen, wäre überhaupt die ganze Stelle unverständlich.

8. Wir würden aber auch bei der John'schen Ansicht zu einer ganz exorbitanten Ausdehnung der rechtlich zu fordernden Aufmerksamkeit gelangen, wollten wir annehmen, dass in Thatbeständen, wie dem soeben citirten, das Deutsche Recht noch ein Verschulden des Beschädigers gesehen habe.

Allerdings sagt John mit Recht (a. a. O. S. 24 f.), dass „der „Inhalt der Begriffe culpa und casus nicht zu jeder Zeit derselbe „gewesen sein brauche", dass man „in einer anderen Zeit unter „anderen Umständen gar wol über dasjenige, was gehörige, „billigerweise zu fordernde Aufmerksamkeit ist, anderer Ansicht „sein kann, als wir heutzutage"; befolgen wir aber die gewiss ebenso zutreffende Regel Mommsen's „uns in die Sitten, in die An- „schauungen, wie sie im Verkehr (der Zeit, deren Recht wir unter-

[1]) Hierher gehört ohne Zweifel auch Frankenhaus. Statut. v. 1558. Buch IV. Art. 12. Hier wird die allgemein eintretende Haftung des Fuhrmanns für das Wergeld des durch sein Fuhrwerk Getöteten oder Beschädigten nur für den Fall ausgeschlossen, wo der Letztere „auss mutwillenn oder nach vorwarnunge des furmanns selbst ursache zu dem unfall gegeben", d. h. also bei eigenem Verschulden des Beschädigten. Grund des Fortfalls der Haftung ist also nicht Schuldlosigkeit des Wagenführers. Dass man den einen der Ausnahmefälle: Beschädigung nach Warnung durch den Fuhrmann, nicht als Fall des casus, der Anwendung der erforderlichen Vorsicht, auffassen darf, ergiebt sich schon aus der Gleichstellung mit der Beschädigung aus Mutwillen, namentlich aber daraus, dass als der eigentliche Grund der Nichthaftung angegeben wird, dass der Beschädigte „selbst ursache dazu gegeben" hat. Nur dies, nicht die daneben etwa vorliegende Schuldlosigkeit des Fuhrmanns, begründet den Fortfall der Haftung.

Digitized by Google

„suchen) herrschen, hinein zu versetzen", um dadurch einen Massstab für die Anschauung der Quellen „von dem, was gehörige Aufmerksamkeit" ist, zu gewinnen, so werden wir schwerlich zu demselben Resultat gelangen wie John.

Wir sahen schon oben[1]), dass es dem Deutschen Recht an einem festen, der römischen diligentia diligentis patris familias entsprechenden Massstabe für die rechtlich zu fordernde Aufmerksamkeit fehlt, dass aber, da Jeder durch seinen Eid selbst entschied, ob er die gehörige Vorsicht angewandt hatte, sich der Begriff derselben nach dem Massstabe des gewöhnlichen Lebens, einem Durchschnittsmassstab, bestimmen musste. Nichts berechtigt uns aber anzunehmen, dass dieser Massstab in der Zeit, in welcher unsere Quellen entstanden, ein so ungewöhnlich hoher gewesen sei, dass die Anforderungen an die Sorgfalt des Individuums so besonders hoch gespannt worden seien, wie wir dies doch voraussetzen müssten, wenn Handlungen, wie das „Umgehen mit Pferden und Wagen" als derart gefährliche aufgefasst worden wären, dass bei ihrer Unternehmung eine grössere Vorsicht verlangt wurde.

Eine solche Anschauung entspricht u. E. durchaus nicht den einfachen Verhältnissen jener Zeit, sie lässt sich schwer vereinigen mit der geringen Wertschätzung des Menschenlebens, welche sich in der Behandlung der Tötungsdelikte während des Mittelalters offenbart (vergl. z. B. Frauenstädt, Blutrache und Todtschlagsühne), sie contrastirt in auffallender Weise mit dem Standpunkt der Periode der Volksrechte (z. B. Edict. Rothar. 148, dazu Osenbrüggen, das Strafrecht der Langobarden, S. 155). Bieten nun auch die Quellen, wie wir gesehen haben, durchaus nichts, was die Annahme dieser Ansicht unterstützt, so werden wir gewiss berechtigt sein, sie in das Gebiet unhaltbarer Hypothesen zu verweisen.

Es ist die John'sche Ansicht schlechterdings nur aus der Befangenheit in römisch-rechtlichen Anschauungen zu erklären, welche auch den höchsten bayrischen Gerichtshof zu dem Ausspruch geführt hat: „Der Betrieb einer Eisenbahn durch Lokomotiven führt „notwendig und unzertrennlich eine kulpose Handlungsweise mit „sich" (bei Seuffert XIV. 208)!

§. 7.

3. Resultat.

Fassen wir das Bisherige zusammen, so ergiebt sich uns Folgendes: Im Deutschen Recht unserer Periode findet die Ver-

[1]) § 4.

Digitized by Google

pflichtung zum Ersatz bei körperlichen Beschädigungen unabhängig von der Schuldhaftigkeit der schädigenden Handlung statt. Dies Princip kommt in den Quellen zum Ausdruck darin, dass sie teils die Ersatzpflicht ohne Einschränkung da bestimmen, wo unabsichtliche Handlung vorliegt, teils auch da dieselbe eintreten lassen, wo ein Verschulden ausgeschlossen wird. Es wird indirect bestätigt dadurch, dass in Ausnahmefällen, in welchen die Ersatzpflicht nur bei verschuldetem Schaden stattfindet, der Beweis des Fehlens der culpa zugelassen und gefordert wird.

§ 8.

4. *Zusatz. Haftung für den durch Unzurechnungsfähige angerichteten Schaden.*

Eine wichtige Bestätigung erfährt aber das gefundene Princip durch die Behandlung des durch Kinder und Sinnlose angerichteten Schadens.

Das Deutsche Recht erwähnt nur diese beiden Personenklassen als der Zurechnung ermangelnd, offenbar dem Grade psychologischer Einsicht der Zeit entsprechend.[1]) Beide werden mit Entschiedenheit als unzurechnungsfähig, für das Recht als willensunfähig bezeichnet, ihre Handlungen werden gleich beurteilt und die Entscheidungen über die rechtlichen Folgen ihrer Handlungen für beide gleichmässig gegeben.

1. Uebereinstimmend stellen alle Quellen den Grundsatz auf, dass das Kind, und zwar bis zum dreizehnten Lebensjahre (Richtst. Ldr. 43. § 4 i. f.), und der „Sinnlose" durch ihre Handlungen „ihr Leben nicht verwirken" können, nicht peinlicher Strafe unterliegen.[2]) Als Grund dieser Straflosigkeit wird angegeben, dass ihre Handlungen ohne Willen,[3]) „durch dorheit"[4]) geschehen, da sie „sie boses noch gudes nicht vorstan konnen"[5]), Recht und Unrecht nicht zu unterscheiden vermögen. Damit ist für das Kind „binnen sinen jaren" und den Sinnlosen ausgesprochen, dass es ihnen an dem für das Recht relevanten Willen fehlt und dass sie das erforderliche

[1]) Trunkenheit z. B. wird nicht als Zustand der Unzurechnungsfähigkeit erwähnt.

[2]) Ssp. II. 65. § 1; Goslar. Stat. 42, 8 ff. 13 ff.; Rechtsb. n. Dist. IV. 14. 5, 15. 1; Berl. Stdtb. S. 127.

[3]) Glosse z. Ssp. II. 65.

[4]) Richtst. Ldr. 43. § 4. 5.

[5]) Richtst. Ldr. l. c.; Blume d. Magdeb. Rechts I. 157; Berl. Stadtb. S. 158 f.

Digitized by Google

Unterscheidungsvermögen nicht besitzen, um sich die Anforderungen des Rechts zum Bewusstsein zu bringen, dass ihnen mithin eine Zuwiderhandlung gegen diese Anforderungen nicht zugerechnet werden kann. Darin liegt aber einmal, dass sie, obgleich ausdrücklich nur von ihrer Befreiung von Lebensstrafe die Rede ist, ebenso auch von jeder Rechtsfolge befreit sein müssen, welche ihren Grund in einer dem Recht nicht gemässen Willensrichtung hat, also auch von der Zalung der eigentlichen Busse, die in unseren Quellen stets eine absichtliche widerrechtliche Handlung voraussetzt. Dies wird auch bestätigt dadurch, dass in den Quellen, wo es sich um den Ersatz des von Unzurechnungsfähigen angerichteten Schadens handelt, stets nur gesagt wird, der Schaden sei nach seinem Werte zu ersetzen, von einer Busszahlung aber nie die Rede ist.[1])

Sodann ist mit der Verneinung der Zurechnungsfähigkeit in dem Sinn der Quellen aber auch die Unmöglichkeit der Annahme einer Schuld überhaupt, also auch einer Fahrlässigkeit auf Seiten des Unmündigen bezw. Sinnlosen gegeben. Dies ist eine logisch unabweisbare Folge und es bedarf keines besonderen Beweises, dass sie auch von den Quellen angenommen wird, es leuchtet dies vielmehr sofort ein, wenn wir bedenken, dass die culpa eben auch von ihnen als die Verabsäumung einer rechtlich geforderten Geistesanspannung, einer Rechtspflicht, mithin als ein Fehler des Willens aufgefasst wird. Vergl. die Definition der warlose in der Glosse z. Ssp. II. 38: warlose ist, so einer bewarenlos lesset ein ding das er zu rechte bewaren solde.

Für diese Auffassung sprechen auch zalreiche andere Stellen, z. B. Glosse z. Ssp. III. 3, wo es vom Vormunde heisst, er müsse den durch sein Mündel verursachten Schaden ersetzen, denn her sulle den unsynnigen bewart haben, das verwarlost her, und die oben § 4. No. 2 citirten.

2. Die Handlungen — der Kürze halber möge dies hier eigentlich unpassende Wort gebraucht werden — der Unzurechnungsfähigen, gelten also juristisch den schuldlosen Handlungen der Zurechnungsfähigen gleich. Wie diese können sie nicht mit Strafe belegt werden und dies ist, analog der von uns bereits gewürdigten Erscheinung (vergl. oben § 6 sub 1) auch hier regelmässig der

[1]) Ebenso Glogauer Rechtsb. cap. 111 (bei Wasserschleben); System. Schöffenr. III. 1. c. 37.; Berl. Stadtb. S. 127; Nordhs. Weist. A. § 21 (bei Förstemann a. a. O.); Glosse z. Weichb. Art. 38 (bei Daniels S. 343); Wend.-Rug. Ldgbr. Tit. 130. Abs. 2.

Digitized by Google

Ausgangspunkt der diese Fälle besprechenden Stellen. Sie setzen dann übereinstimmend als Rechtsfolge der schädigenden Handlungen der Kinder und Sinnlosen die Entschädigungspflicht bezw. Pflicht zur Wergeldszahlung fest.

> So Ssp. II. 65. § 1. Nen kint ne mach binnen sinen jaren nicht dun, dar it sin lif mede verwerke. Sleit it enen man oder belemt it in, sin vormunde sal't beteren mit jenes wergelde, of it up ine vulbracht wert. Svelken scaden it dut, den sal he gelden nach sinem werde mit des kindes gude;

> Gosl. Stat. 42, 13. En kint ne mach binnen sinen iaren sin lif nicht verwerken. Deyt ist scaden an dotslaghe oder an wunden, den beteret it na des doden . . . weregheldc, det it anderen scaden, dene beteret it na sineme werde . . . Wat aver dem kinde böret to irleghende, dat sal sin vormunde don van des kindes gude;

> Rb. n. Dist. IV. 14. d. 5. Man sal ober sinlose lute nicht richten. Thun sy abir schaden ymande, den sal or rechte vormunde erlegen, unde gelden von oren guten.

Hier wird ausgesprochen, dass der Ersatz bezw. das Wergeld aus dem Vermögen des Unzurechnungsfähigen zu entrichten, dass also der Letztere selbst für den von ihm verursachten Schaden haftbar ist, wenigstens principiell und in erster Linie. Andere Stellen enthalten scheinbar im Widerspruch hiermit die principale Haftung des Vormundes, so Ssp. III. 3, wo es einfach heisst:

> sweme sie (der dore und sinnlose) aver scaden ire vormünde sal it gelden;

gleichlautend Berl. Stadtb. S. 146;[1])

> Gosl. Stat. 42. 8 ff. wo von Kindern und Sinnlosen gesagt wird: dot se aver scaden, dar mot ire vormunde vore antwarden;

> Rb. n. D. IV. 15. d. 1: Tötet oder verwundet ein Kind Jemand, so bessert der Vormund mit dem Wergelde, ab is (das Kind) vorwunden wirt mit rechte; unde welchen schaden is tud, den sal sin vormunde irlegen mit syme gelde.

Was die letzte Stelle betrifft, so geht schon aus ihrer fast wörtlichen Uebereinstimmung mit Ssp. II. 65. § 1 (s. oben) hervor, dass das „syme" auf das Subjekt (is) des Relativsatzes, also das Kind zu beziehen ist, jeden Zweifel beseitigt die Lesart anderer Mss.: „mit des kindes gude". Bezüglich der übrigen Stellen ist folgendes zu bemerken:

---

[1]) Görlitzer Landr. 34 § 5.

Digitized by Google

a. Es ist mit Bestimmtheit zu behaupten, dass der Widerspruch zwischen den Entscheidungen innerhalb derselben Quelle nur ein scheinbarer ist. Dass dasselbe Rechtsbuch dicht hintereinander zwei gerade entgegengesetzte Rechtssätze ausspreche, das erscheint nicht denkbar.

b. Bei der Interpretation der betreffenden Stellen ist zu beachten, dass wo es sich um die Vertretung der Handlungen der Unmündigen und Sinnlosen, um den Ersatz des durch sie verursachten Schadens handelt, der Vormund als Vertreter der schadenden Personen in Betracht kommt, und namentlich im Prozess als die eigentliche Partei erscheint, weil er allein die Prozesshandlungen vornimmt. Demgemäss wird der Vormund auch in denjenigen Stellen erwähnt, welche lediglich die Verhaftung des Mündels bestimmen, und zwar als der, welcher den Schaden auszugleichen, zu „gelten" hat. Er hat eben die Verwaltung des Mündel-Gutes, an ihn ist der Geschädigte mit seiner Forderung gegen dasselbe gewiesen, er zahlt die geschuldete Summe aus demselben. Da ist es nur natürlich, dass unsere Quellen, welche einen Rechtssatz nicht abstrakt hinstellen, sondern ihn in das Gewand der konkreten Erscheinungsform kleiden, indem sie die Gestaltung im Leben, namentlich im Prozess berücksichtigen, den Satz: dass der Unzurechnungsfähige ersatzpflichtig ist, mit weniger juristisch präzisem, als dem thatsächlichen Verhältnisse angepasstem Ausdrucke so wiedergeben, dass sie sagen: der Vormund hat den Schadensersatz zu leisten aus dem Mündelvermögen.

Von diesem Gesichtspunkte aus dürfte es auch nicht ganz ohne Grund erscheinen, wenn man annimmt, dass jene, übrigens nicht zahlreichen Stellen, welche wie Ssp. III. 3 die Ersatzpflicht des Vormundes bestimmen, sich nur ungenau ausdrücken, indem sie es unterlassen auszuführen, dass zwar der Vormund äusserlich die Ersatzleistung vornimmt, dass aber diese Leistung in Wirklichkeit dem Vermögen des Mündels entnommen wird.

Was speciell die Stelle Gosl. Stat. S. 42 Z. 8 fg. betrifft, so ist hier auch diese Annahme nicht erforderlich, denn das Wort „antwarden" deutet zunächst lediglich auf die prozessualische Vertretung, ohne dass unbedingt die materiellrechtliche Haftung damit ausgesprochen sein müsste (z. B. Gosl. 48. 13 ff.).

c. Eine andere Erklärung der widersprechenden Entscheidungen

Digitized by Google

findet einen Anhalt an der Stelle des Berl. Stadtb. S. 127. Hier heisst es nach anfänglicher Wiedergabe von Ssp. II. 65. § 1:

syn vormunder sal it betern . . . als hir na tu hantz steit beschreven, also bescheiden, ofte id up eme vulbracht wert.

Es deuten diese Worte unzweifelhaft auf die weiter unten S. 158 f. folgende Darstellung der Haftung des Vormundes, die letztere ist also hier nur unter den aus jener Stelle sich ergebenden Einschränkungen zu verstehen, demnach nicht absolut ausgesprochen. Vielleicht sind daher auch die übrigen entsprechenden Stellen unter der unausgesprochenen Einschränkung zu verstehen, dass eine Schuld des Vormundes vorliegt.

d) Jedenfalls dürfen wir es als übereinstimmenden Grundsatz der Quellen ansehen, dass für den von Unzurechnungsfähigen verursachten Schaden ihr Vermögen haftet. Die Abweichung einzelner Stellen ergiebt sich teils schon durch die blos grammatische Erklärung als eine scheinbare, so bei Gosl. Stat. 42. 8 und Rb. n. Dist. IV. 15. 1, teils lässt es sich wenigstens höchst wahrscheinlich machen, dass sie nur der Form, nicht auch der Sache nach vorhanden ist, so bei Ssp. III. 3, Berl. Stdtb. S. 146 und Görl. Ldr. 34. § 5. Unmöglich kann durch diese wenigen Stellen, von denen die des Berl. Stadtbuches übrigens auf wörtlicher Benutzung des Ssp. (III. 3) beruht, die des Görl. Landrechts durch eine — jedenfalls unkritische — Verbindung von zwei Ssp.-Stellen entstanden ist (vergl. Homeyer Note zu der Stelle Ssp. II. 2. S. 189), das sonst so klar ausgesprochene Prinzip erschüttert werden, auch wenn man im Gegensatz gegen die oben versuchte Erklärung in der That einen Widerspruch als vorhanden annehmen wollte. In dem letzteren Falle wäre demselben eine allgemeinere Bedeutung nicht beizumessen.

3. John[1] hat nun aber in Uebereinstimmung mit Kraut[2] zu begründen versucht, dass die Haftung für den durch Unzurechnungsfähige angerichteten Schaden lediglich auf einer präsumirten culpa des Vormundes beruhe, und zwar unter Berufung auf Richtst. Ldr.

---

[1]) a. a. O. S. 99 ff.

[2]) Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts. Bd. I. S. 339 ff.

Digitized by Google

43 § 9. Hier soll nach den genannten Schriftstellern ausgesprochen sein, dass jedes von dem Mündel verübte Vergehen darauf zurückzuführen sei, dass der Vormund denselben nicht in gehöriger Gewalt gehalten.[1]) Daher hafte der Vormund principaliter für den durch ein solches Vergehen angerichteten Schaden, er habe aber das Recht, den Mündel dem Beschädigten nicht nur mit seiner Arbeitskraft, sondern auch mit seinem Vermögen zu übergeben, analog dem Dereliktionsrecht des Herrn bezüglich seines Unfreien oder Tieres;[2]) da nun der Beschädigte sich lieber gleich an das Vermögen des Mündels gehalten habe, so sei es dem Vormund gestattet gewesen, den Betrag des Schadens aus dem Mündelvermögen zu entnehmen und dadurch die Hingabe des Mündels abzuwenden.[3])

4. Gegen diese Ansicht hat schon Rive[4]) Widerspruch erhoben und mit Recht.

Sie beruht zunächst auf der u. E. irrigen Auffassung, dass bei jedem Delikt des Mündels den Vormund der Vorwurf treffe, „dass er das Kind nicht gezwungen, den Wahnsinnigen nicht bewahrt habe“ (Kraut S. 345), „da der Vormund im Stande sei, diesen „daran zu verhindern, dass er Anderen Schaden zufüge“ (Kraut „S. 357) und „sich kaum eine Rechtsverletzung denken lasse, die „den Vormund von der Beschuldigung befreien könnte, er habe „den Mündel nicht gezwungen, d. h. in gehöriger Gewalt gehalten“ (John S. 109). Misst man diese Behauptungen an dem Massstabe der faktischen Lebensverhältnisse, so wird man sie schwerlich für zutreffend erachten können. Lässt sich auch bei Wahnsinnigen wenigstens unter Zuständen wie unsere modernen, eine Bewachung derart durchführen, dass eine Beschädigung Anderer durch dieselben nahezu ausgeschlossen erscheint, wenn auch — man denke nur an Fälle plötzlich ausbrechender Geisteskrankheit — trotz aller denkbaren Vorsichtsmassregeln nicht unmöglich wird, — so liegt doch die absolute Verhinderung jeglicher Schadenszufügung durch Unmündige jenseit der diligentia auch eines diligentissimus pater familias. Niemand wird behaupten wollen, dass wegen jeder, etwa aus Ungeschicklichkeit, durch ein Kind verursachten Beschädigung einer fremden Sache man dem Gewalthaber den Vorwurf mangelhafter Bewachung bezw. fehlerhafter Erziehung machen könne.

---

[1]) John a. a. O. S. 109; Kraut a. a. O. S. 345. 351.

[2]) Kraut a. a. O. 347 ff.; John a. a. O. S. 110.

[3]) Kraut, S. 344; John, S. 112.

[4]) Geschichte der Deutschen Vormundschaft II. 1. S. 45 ff.

Digitized by Google

Noch weniger wird man derartige Anschauungen der Zeit imputieren dürfen, in welcher unsere Quellen entstanden sind. Diesen Fehler begeht man aber, wenn man jene (oben angeführte) Auffassung den Quellen unterschiebt. Denn die letzteren rechnen durchaus mit den Anschauungen, Verhältnissen und Bedürfnissen des realen Lebens, ja das Recht befindet sich in jener Zeit noch in vollerer Uebereinstimmung mit denselben, als dies in späteren Perioden der Fall ist. Demnach wird es nicht als wahrscheinlich angenommen werden dürfen, dass jede durch den Mündel begangene Rechtsverletzung dem Vormunde als Schuld angerechnet worden ist.

Um die principale Haftung des Vormundes zu erklären, behauptet John mit Kraut ferner, „dass dieselben Gründe, aus denen der Herr verpflichtet ist, für seine Unfreien und Tiere zu haften, auch bei dem Vormunde im Verhältnis zu seinem Mündel vorhanden sind.“ Dies ist aber in keiner Weise der Fall, denn beide Verhältnisse sind in ihrer rechtlichen Natur und ihren Wirkungen wesentlich verschieden. Der Unfreie, das Tier stehen im Eigentum, also unter der unbeschränkten Gewalt ihres Herrn, sie gehören zu seinem Vermögen, sie sind Sachen. — Der Mündel steht nicht in diesem Sinne unter der Gewalt des Vormunds, sondern unter seinem Schutze, mundium, der Vormund verwaltet sein Vermögen und nimmt die in Bezug auf dasselbe erforderlichen Rechtshandlungen an Stelle des Mündels vor, er besitzt auch ein Erziehungsrecht über den Mündel, aber dieser ist Person, selbst Subject von Vermögensrechten. Den Unfreien, das Tier kann der Herr kraft seines Eigentumsrechts hingeben, eine gleiche Befugnis kann dem Vormund bezüglich des Mündels sein mundium niemals verleihen. Der Herr haftet ferner weil und wenn er den Unfreien oder das Tier „in seinen Geweren“ hat, er befreit sich eben, indem er sie aus der Gewere lässt, — der Mündel braucht sich gar nicht in der Were des Vormundes zu befinden[1]), an keiner Stelle findet sich auch ausgesprochen, dass die Haftung des Vormundes für den Mündel davon abhänge, ob er denselben „in seinen Geweren“ hat, während dies bei der Haftung für Tiere ausführlich behandelt wird. Der Herr endlich, welcher derelinquirt, verliert doch dafür, dass er von der Ersatzleistung frei wird, ein Vermögensobject — der Vormund, welcher den Mündel hingibt, erleidet nicht die mindeste

[1]) Vergl. hierfür Stobbe, Deutsches Privatrecht, Bd. IV. § 268 S. 448: „Freilich galt es als das natürlichste, dass das Kind, wenn es noch eine Mutter hatte, bei dieser blieb; aber der Vormund dürfte es auch ihr abfordern“. Er war also nicht dazu verpflichtet.

Digitized by Google

Einbusse, sondern befreit sich von der Ersatzverpflichtung, während diese nun dem Mündel zur Last fällt, welcher entweder mit seinem Vermögen oder mit seiner Arbeitskraft für den Schaden einstehen muss.

In diesem Punkte liegt der Hauptanstoss der John'schen Theorie. Einmal soll der Vormund, weil er an jeder durch sein Mündel verübten Beschädigung schuld ist, principaliter für den Schadensersatz haften, dann wieder soll diese Verpflichtung „keine so streng rechtliche" sein, vielmehr der Vormund sich durch Hingabe des Mündels an den Verletzten befreien können. In der That haftet also doch der Mündel, entweder mit seinem Vermögen, oder mit seiner Arbeitskraft. Jene „künstliche" Konstruktion aber ist eine durchaus unjuristische und in sich widerspruchsvolle, die Verpflichtung des Vormundes ist juristisch überhaupt keine Verbindlichkeit, sie ist eine bloss moralische Pflicht, rechtlich ganz ohne Bedeutung, während die Verpflichtung des Mündels, welcher nach John gar nicht verpflichtet ist, juristisch die allein existente ist. „Der Vormund wälzt auf einem Umwege die Folgen der eigenen Schuld dem Pupillen zu[1])", ja noch mehr: Das Kind, bezw. der „Sinnlose", die gar keine culpa begehen können, haften stets, der Vormund, der (nach John) immer Schuld an der Beschädigung hat, haftet nie! Zu diesem Resultat gelangt man bei Annahme der John'schen Theorie![2])

5. Wie steht es aber mit der quellenmässigen Begründung derselben? Kraut und John stützen sie auf Richtst. Ldr. 43. § 4 ff. 7. 9. Prüfen wir die Stelle in dieser Beziehung unter Herbeiziehung der verwandten, aber vielfach eigentümlichen und lehrreichen Stelle des Berliner Stadtbuchs S. 158—160. Es sind dies die beiden einzigen Stellen, welche die Verpflichtung des Vormundes genauer besprechen.

Auch sie gehen von dem Grundsatze aus, dass zunächst das Mündelvermögen für den Ersatz bezw. das Wergeld haftet. Dies sagt der Richtst. a. a. O. § 6 ausdrücklich bezüglich des Kindes, indirekt folgt es auch bezüglich des Unsinnigen aus § 7, wo der Vormund einwendet: „de dore heft des gudes nicht", und wo entschieden wird, dass der Vormund wegen seiner warlose Ersatz zu leisten hat, „oft hes van den eren (des Kindes und Unsinnigen) nicht gelden ne mach"; ebenso § 9 i. in. Entsprechend bessert der Vor-

[1]) Rive a. a. O. S. 49.

[2]) Gegen die Ansicht von Kraut und John spricht sich in neuester Zeit auch Stobbe aus, a. a. O. Bd. IV. 1884. § 268. S. 453. 454, insbes. Note 9.

Digitized by Google

mund auch nach Berl. Stadtb. S. 160 jedenfalls erst, „het dy dore oder dat kint seluen nicht" und S. 159 heisst es, dass das Kind „an dem doden syn wergeld vorwrocht hebbe", welches der Vormund „utgeuen" soll[1]); der Verpflichtete ist also das Kind, nicht der Vormund.

Wenn es abweichend im Richtst. cit. § 6 heisst:

das Wergeld hat zu entrichten de vormunder van des kindes gude, odder van des doren wegene van des vormunders gude,

so kann hier wol nur eine unklare Ausdrucksweise oder eine Verderbnis des Textes angenommen werden. Denn bedenkt man, dass es im vorhergehenden Satze heisst, auf die Urteilsfrage:

na deme dat he van dorheit sin lif nicht vorwerken mach, wat he (also der Unsinnige) denne vorbort (verwirkt) hebbe. (So vintme): sin wergelt, des de dar dod si,

dass mithin der Unsinnige das Wergeld verwirkt; dass ferner in dem ganzen Kapitel Kind und Sinnloser rechtlich völlig gleich stehen, die Rechtssätze bald ausdrücklich bezüglich beider ausgesprochen werden, bald, wo nur der eine genannt ist, dies doch so geschieht, dass schon die nächsten Worte die Beziehung auf beide unzweifelhaft machen; so wird man unbedingt die Auslegung der Stelle dahin, dass sie das Kind mit eigenem Vermögen, für den Sinnlosen dagegen den Vormund haftbar mache, verwerfen[2]), insbesondere da auch die Varianten zu der Stelle (cf. Homeyer N. 66. 68.) die Annahme einer Inkorrektheit des Homeyer'schen Grundtextes zu bestätigen scheinen. Der Oschatzer Text wenigstens liest in Uebereinstimmung mit einer grösseren Anzahl anderer Mss.:

von des kindes gute ader des toren, ader wer vormunde ist des gutes,

und der letztere Zusatz fehlt in einigen derselben, so dass sich also hier die sonstige Auffassung vertreten findet. Eine andere Auffassung zeigt die fernere Lesart:

des doren vormunde van des doren gude eder van sines selves gude.

Gerade diese Lesart erscheint als die sprachlich korrekteste, indem sie das Pronomen possessivum setzt statt der Wiederholung des Wortes vormunde, sie ist auch sachlich durchaus mit den sonstigen Grundsätzen in Einklang, indem sie durch das einge-

---

[1]) Die Worte sind ein recht deutlicher Beleg für das in diesem § unter 2 b Gesagte. Gerade der gewählte Ausdruck „utgeven" zeigt, wie der Vormund nur als der Verwalter des Mündelgutes erwähnt ist, als derjenige, der äusserlich die Zahlung vermittelt.

[2]) Anders Rive a. a. O. S. 170 zu N. 13.

Digitized by Google

schobene „oder“ die Verpflichtung des Vormundes nur als eine eventuelle hinstellt. Jedenfalls verdienen beide angeführten Lesarten vor der unklaren des Grundtextes den Vorzug, die letztere ist nach ihnen zu erklären, bezw. kann ihrer Abweichung von den sonstigen Grundsätzen kein erhebliches Gewicht beigelegt werden mit Rücksicht auf die formell und sachlich korrekteren Varianten.

Richtsteig und Berl. Stadtbuch entscheiden nun weiter über das Rechtsverhältnis im Falle der Insolvenz des Mündels. Der Vormund wendet, nachdem der Mündel zur Zahlung des Wergelds verurteilt ist, ein, dass der Mündel arm sei und zahlungsunfähig, auch habe er (Vormund) die Vormundschaft nicht übernommen, da das Mündelvermögen so gering gewesen, dass er keine Lust gehabt habe, dasselbe zu verwalten und zu vertreten. Nun entscheidet das Gericht:

> na deme dat he (als ältester Schwertmage) van rechtes wegene — das Berl. Stadtb. sagt dorch adels willen d. h. von Geburt halben — scole ir vormunder sin unde nicht dorch ires gudes wille, unde des nicht gedan hebbe alse he selven dar secht hebbe, unde se warlos gelaten hebbe, so dat he dat kint nicht en dvunge odder den unsinnegen nicht bewarede, oft he icht scole van dem sinen den scaden gelden, oft hes van dem eren nicht gelden ne mach, de van siner warlose tu komen si . . . so vintme he scalne gelden.

Ist also der Mündel insolvent **und** hat der Vormund seiner durch Verwandtschaft mit dem Mündel erzeugten Verpflichtung entgegen die Vormundschaft nicht übernommen, sich um den Mündel nicht bekümmert, so wird er wegen dieser Nachlässigkeit selbst für den Schaden haftbar. Die Stelle besagt also nicht, dass der Vormund in jedem Falle eines durch sein Mündel angerichteten Schadens wegen Nachlässigkeit in der Sorge für denselben zur Ersatzleistung verpflichtet sei. Vergegenwärtigen wir uns, dass wir es mit der Darstellung einer Prozessverhandlung zu thun haben. Es handelt sich für den Kläger darum, dem Beklagten eine Einrede abzuschneiden, mit der derselbe jede etwaige Verantwortung ablehnen will, denn eine solche ist die, er sei gar nicht Vormund geworden, an sich gewiss. Ist aber der Beklagte rechtlich zur Uebernahme der Vormundschaft verpflichtet, so hilft ihm jene Einrede nicht, er erklärt sich durch dieselbe vielmehr selbst einer Nachlässigkeit schuldig. Denn wer als geborener Vormund unterlassen hat, die Vormundschaft thatsächlich zu übernehmen, z. B. wo es wegen Mutterlosigkeit des Mündels oder aus anderen Gründen erforderlich, sich desselben zu „unterwinden“, der hat eben den Mündel überhaupt nicht bewahrt

Digitized by Google

bezw. gezwungen, hat ihn warlos gelassen, deshalb haftet er nach Analogie von Ssp. II. 38 für den von dem vernachlässigten Mündel angerichteten Schaden, der mittelbar von seiner warlose hergekommen ist. Der allgemeine Grundsatz, welcher implicite für den Verfasser des Richtsteigs schon in jener Ssp.-Stelle liegt[1]), wird also auch hier, wie so häufig, für einen einzelnen Fall der warlose erörtert, und zwar für den in concreto wichtigsten. Schon, dass hier nur der Fall behandelt wird, wo der Vormund die Vormundschaft überhaupt nicht übernommen, nicht allgemein der Fall der Insolvenz des Mündels (de dore heft des gudes nicht — unde ic en wart sin vorm. ni), zeigt die Unrichtigkeit der Auffassung von Kraut und John; das Allgemeine, das wir aus der speciellen Entscheidung zu abstrahieren haben, ist dies, dass dem Vormund für den Fall der Nichtübernahme seines Amtes warlose zur Last gelegt und deswegen seine Haftung ausgesprochen wird, dass also in diesem Unterfall der Insolvenz warlose der Grund zur Verantwortlichkeit des Vormunds ist. Daraus ergiebt sich denn das Princip: Subsidiär haftet für den durch Unzurechnungsfähige verursachten Schaden ihr Vormund, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt.[2]).

Der demgemäss verurteilte Vormund macht nun aber einen ferneren Einwand geltend mit der Frage (Richtst. l. c. § 9):

> oft he ienegen scaden dar umme scole liden, na deme dat it en islik mit roden wol muchte dwingen,

worauf entschieden wird: he ne scole, dem Verletzten aber die Befugnis erteilt wird:

> du machst it slan mit ruden, odder du machst it denen laten, wente it di dat overdelede wergelt ave dine. Du must em aver de kost geven unde must it nicht pinegen.

Der Vormund, welcher jenen Einwand vorbringt, wird also von der Haftung frei und der Mündel haftet dann mit seiner Person.

Welches ist nun der Inhalt der Einrede? Zur Beantwortung der Frage ist ein Eingehen auf die hier sehr wichtigen Abweichungen der Lesarten unerlässlich. Eine Reihe von Handschriften liest nämlich die Einrede des Vormunds wie der Oschatzer Text:

> nachdem das her das kint habe mit gerten geslagen unde dicke mit worten getwungen,

eine andere Reihe:

---

[1]) Dessen Geltung er also voraussetzt.

[2]) So auch die Glosse z. Ssp. II. 65: der vormunder antwert nicht vor das, das ane seyne schult volbrocht wert.

Digitized by Google

na deme dat he dat kint mit roden nicht en konde dwinghen.

„Sonach fassen die Mss. die Hülfrede des Vormundes in dreierlei „Weise auf; 1. die Klasse B und Ce, dass er das Kind in gehöriger „Zucht gehalten, 2. Af Ccd, dass er das Kind mit Ruthen nicht „habe zwingen können, 3. die Uebrigen mit dem Grundtext, dass „der Beschädigte selber es züchtigen möge (Homeyer No. 91 zu „der Stelle.)“ Alle drei Lesarten sind teils wegen ihrer weiten Verbreitung, teils wegen ihrer Ueberlieferung durch alte Handschriften von Gewicht; eine nähere Betrachtung derselben muss entscheiden, welcher der Vorzug zu geben ist.

No. 1 und 2 kommen darin überein, dass die Verteidigung auf die Schuldlosigkeit des Vormundes sich gründet, dagegen differiren sie bezüglich der Thatsachen, in welchen dieselbe gefunden wird. Hier spricht nun manches gegen die Auffassung von No. 1. Sie lässt die durch den Zusammenhang geforderte Logik des Gedankenganges vermissen; denn nachdem soeben der Vormund verurteilt ist, weil er das Kind nicht „gezwungen“ hat, ist eine Einrede, dass er es doch „gezwungen“, nicht mehr am Platze, auch mit den sonstigen prozessualen Regeln steht sie in Widerspruch: „gegen den ergangenen Spruch kann sich der Beklagte nicht mehr durch direkte Leugnung der ihn begründenden Thatsache, sondern nur durch ein motiviertes versaken, d. h. das Ableugnen seiner Verpflichtung aus einem „mit jener Thatsache, wenigstens nach ihrem objektiven Bestande, vereinbaren“ Grunde schützen, besonders, wenn er die Thatsache selbst zugestanden. Die Lesart scheint demnach wegen ihrer inneren Inkorrektheit nicht die dem Sinne des Rechtsbuchs entsprechende zu sein.

Dagegen enthält die Hülfrede nach der Auffassung No. 2 ein motiviertes versaken, eine wirkliche Einrede. Der Vormund entzieht sich seiner durch das „Nichtzwingen“ entstandenen Verpflichtung durch die Behauptung, dass diese Unterlassung, wenigstens im konkreten Fall, keine schuldhafte, ihn verbindlich machende sei, da er das Kind nicht habe zwingen, bezw. — was jedenfalls in der Einrede liegt — von dem betr. Vergehen nicht habe abhalten können. Von Gewicht für den Wert dieser Lesart ist, dass sie sich gerade in dem ältesten der Mss., in dem Cod. Havn. von 1359 (Cc bei Homeyer) findet, also jedenfalls der Zeit kurz nach Abfassung des Rechtsbuchs ihre Entstehung verdankt.

Die Lesart des Homeyerschen Grundtextes, also im wesentlichen der, nach Homeyer (cf. Einl. § 5 a. E.), die ursprünglichste Fassung gebenden Handschriften-Klasse A, formuliert die Einrede des Vormundes nach der Erklärung Homeyers (No. 91 a. a. O.) so, dass dieser dem Verletzten anheim-

Digitized by Google

giebt, das Kind selber zu züchtigen, d. h., wenn wir anders die Erklärung richtig auffassen, so, dass der Vormund den Beschädigten auf sein Recht verweist das „missethuende" Kind zu raufen oder zu schlagen (Ssp. II. 65 § 2). Ist diese Interpretation richtig, so reduziert sich in der That die Verpflichtung des Vormundes auf eine „moralische Nötigung", sie ist dann (wie Kraut und John annehmen) „keine so streng rechtliche", und eigentlich das Kind immer die Person, welche für den Schaden haftet und welche ihn, auch wenn zahlungsunfähig, thatsächlich durch das Abverdienen beim Gläubiger ersetzt, „falls der Vormund mit eigenem Gute für das unvermögende Kind nicht haften will" (Homeyer, Inhaltsübersicht zu C. 43 § 9). Wir glauben dieser Erklärung nicht beitreten zu können. Wir haben uns schon oben (unter 4) aus allgemeinen Gründen gegen die Annahme einer solchen bloss moralischen Verbindlichkeit erklärt; hier ist die Frage, ob der Wortlaut der Stelle zu einer derartigen Auslegung berechtigt, bezw. nötigt. Dies ist aber u. E. zu verneinen.

Der Vormund führt zur Begründung seiner Nichtverpflichtung an, dass ein jeder das Kind „mit ruden wol muchte dwingen". Muchte ist Imperf. von mogen = vermögen, im Stande sein, oder dürfen, berechtigt sein. In letzterer Bedeutung kommt es in den folgenden Worten des § vor (du machst it slan odder machst it denen laten), hier kann es jedoch auch in der ersteren gebraucht sein, hierauf würde sogar die Lesart zweier Hdss. „men dat (eyn) kint mit roden wol gedwingen konde (kan)" hinweisen. Wie man auch übersetzt, man gelangt stets zu der Auslegung, dass der Vormund einwendet, der Verletzte k o n n t e (durfte) b e i d e r V e r l e t z u n g das Kind züchtigen, denn das Imperf. deutet eben auf einen in der Vergangenheit liegenden Moment, und das kann hier nur der der Begehung der verletzenden That sein. Der Vormund sagt also: ich habe mir zwar eine Nachlässigkeit in der Erziehung des Kindes zu Schulden kommen lassen, aber d i e s e Beschädigung ist nicht meine Schuld, denn ein jeder konnte das Kind überwältigen, es von der Beschädigung abhalten, also auch der Verletzte, dieser hätte sein Recht der Selbsthülfe gebrauchen können. Diese Einrede der eigenen Schuldlosigkeit befreit natürlich den Vormund von der Haftung, es tritt vielmehr nun der Mündel wieder ein, und zwar wird er nach Ssp. III. 39 § 1 dem Gläubiger als Schuldknecht „zu Hand und Halfter" übergeben wie jeder insolvente Schuldner, um den Betrag des zuerkannten Ersatzgeldes abzuverdienen. Anstatt dessen kann der Verletzte auch das Kind züchtigen; natürlich wird er von diesem Rechte keinen Gebrauch machen, wenn das Kind so alt und kräftig ist, dass seine Dienste einen nennenswerten Gewinn

Digitized by Google

bringen und er sich daher eine wenigstens annähernde Vergütung seines Schadens in nicht zu langer Zeit davon versprechen kann. Das erwähnte Züchtigungsrecht enthält für den Mündel natürlich keine Strafe im Rechtssinne, sondern ist nur ein Ausfluss des Erziehungsrechts, welches in beschränktem Masse jedem Dritten, welcher durch ein Kind verletzt ist, zusteht. Bei dieser Lesart gelangen wir also im wesentlichen zu dem Resultat wie bei No. 2; es bleibt nur auffallend, dass hier trotz der eigenen Schuld des Beschädigten abweichend von sonstigen Grundsätzen, wie wir unten sehen werden, doch der Beschädiger haftet. Aus dieser Rücksicht dürfte doch wohl die Lesart No. 2 als die dem Sinne der Quellen entsprechendste erscheinen, zumal wir auch schon beim § 6 l. c. uns für die von ihr gegebene Fassung entscheiden mussten.

6. Wir gewinnen demnach als Resultat: Der Unzurechnungsfähige haftet mit seinem Vermögen für den von ihm angerichteten Schaden; ist er unvermögend, und trifft den Vormund eine Schuld wegen des angerichteten Schadens, so ist dieser in subsidium ersatzpflichtig, trifft ihn keine Schuld, so muss der Mündel den Schaden bei dem Gläubiger als Schuldknecht abverdienen, oder der letztere darf ihn züchtigen.

Dass der Vormund erst subsidiär haftet, ist durchaus nicht so auffallend, wie John (a. a. O. S. 109) meint, vielmehr entspricht diese Bestimmung durchaus der Billigkeit, „es scheint in der Natur „der Sache zu liegen, dass der Vormund den Schaden, der durch „eine Handlung des Mündels verursacht wird, wenigstens so lange „nicht zu tragen braucht, als dieser noch Vermögen besitzt, aus „dem er bestritten werden kann (Kraut a. a. O. S. 344)."

Das Recht hält sich eben zunächst an den, welcher den Schaden angerichtet hat, den Mündel, erst wenn dieser zahlungsunfähig, kommt die ev. Haftung einer anderen Person in Frage; der Mündel war seinerseits aus Ssp. I. 23 § 1 berechtigt, wegen des aus seinem Vermögen gezahlten Ersatzes für einen vom Vormunde durch Nachlässigkeit verschuldeten Schaden, diesen nach erreichter Mündigkeit in Anspruch zu nehmen.[1])[2])

---

[1]) Das Bedenken Krauts gegen die hier angenommene strengrechtliche Verhaftung des Vormundes im Fall seines Verschuldens, dass diese Verpflichtung im Ssp. nicht hätte unerwähnt bleiben dürfen, wenn der Vormund hierzu rechtlich geradezu hätte gezwungen werden können, erledigt sich durch die Thatsache, dass der Ssp. durchaus nicht immer das Detail der einzelnen Lehren enthält, sondern, teilweise in recht knapper Darstellung, uns die leitenden Grundsätze feststellt. Die eventuelle Verpflichtung des Vormunds konnte er

Digitized by Google

7. Auch die Grundsätze der Quellen über den Ersatz des durch Unzurechnungsfähige angerichteten Schadens bestätigen durchaus das gefundene Princip, dass die Entschädigungspflicht eintritt, ohne Rücksicht darauf, ob den Beschädiger Schuld trifft oder nicht.

Anmerkung.

Wir haben die Grundsätze über die Haftung für einen durch Unzurechnungsfähige angerichteten Schaden nur für den Fall, wo der Unzurechnungsfähige ein Bevormundeter ist, erörtert, entsprechend dem Verfahren unserer Quellen. Es kam uns eben hier nur darauf an, festzustellen, dass die Quellen die Ersatz-Verbindlichkeit nicht auf ein Verschulden des Unzurechnungsfähigen oder des Vormundes gründen, sondern sie auch dann eintreten lassen, wenn niemand an dem Schaden schuld ist. Es leuchtet aber ein, dass dies Princip auch dann gelten muss, wenn der Handlungsunfähige durch seinen Vater vertreten ist. Die besonderen Gestaltungen der Hapftpflicht in diesem Falle bleiben zweckmässiger dem zweiten Teil dieser Abhandlung vorbehalten.

§ 9.

IV. Das Prinzip der Haftung.

1. Allgemeines.

Die bisherige Ausführung hat die Frage nach dem Prinzip der Verteilung der Schadensersatzverbindlichkeit im Deutschen Recht erst mehr im Allgemeinen beantwortet, und zwar mehr durch die nähere Erörterung desselben nach seiner negativen Seite. Wenn

ohne Lücke übergehen, da sie, soweit stattfindend, sich schon aus II. 38 ergiebt.

[2]) Das Berliner Stadtb. S. 160 bestimmt dasselbe, wie § 9. Richtst. l. c. für den Fall, dass das Kind so „elendich" d. h. fremd, verlassen ist, dass es keinen Vormund hat, weicht also bezüglich der Haftung des Kindes vom Richtst. nicht ab. — Bemerkenswert ist, dass sowohl § 9 des Richtst. Landr. C. 43 wie die entsprechende Stelle des Berl. Stadtb. ausschliesslich vom Kinde, nicht vom Unsinnigen sprechen (auch von den Varianten zu der Stelle des Richtst. erwähnt keine den doren). Es ist dies wohl, wenn man nicht eine rein zufällige Auslassung annehmen will, daraus zu erklären, dass die Art der Haftung, von welcher hier die Rede ist, der Natur der Sache nach bei dem Unsinnigen nicht wohl zur Anwendung kommen kann. Während z. B. das Kind auch schon vor dem 12. Jahre Dienste zu leisten im Stande ist und seine Arbeitskraft mit den Jahren eine immer wertvollere wird, würde die Uebergabe des Wahnsinnigen meistens für den Gläubiger mehr eine Last als eine Entschädigung sein, da derselbe in den wenigsten Fällen im Stande sein wird, irgend welche Dienste von Vermögenswert zu leisten. Rive freilich (a. a. O. S. 170 zu Nr. 13) erklärt die Nichterwähnung des Thoren daraus, dass die Sorge des Vormundes für ihn eine universale sein soll, dieser daher immer haftet.

Digitized by Google

wir gefunden haben, dass die Entschädigungspflicht nicht abhängig davon ist, dass der Schaden von jemand verschuldet war, sondern auch wenn dies nicht der Fall, denjenigen trifft, der ihn verursachte, so ist nunmehr das Princip positiv zu formulieren, m. a. W. es ist die Frage zu beantworten: Wie bestimmt sich die Person des Ersatzpflichtigen? Vergegenwärtigen wir uns zunächst die Bedeutung des bisher gefundenen Satzes für diese Frage.

1. Er bestimmt einmal negativ, dass es nicht notwendige Voraussetzung der Verbindlichkeit zum Schadensersatze ist, dass der Schaden schuldhafter Weise angerichtet sei. Hiermit ist nicht gesagt, es sei die Willensrichtung, von der die schädigende Handlung getragen wird, rechtlich irrelevant für die Ersatzverbindlichkeit, vielmehr wirken Vorsätzlichkeit und Fahrlässigkeit bei der Regulierung derselben mehrfach ein, ja sie bestimmen unter Umständen sogar die Person des Verpflichteten.

2. Positiv ist damit ausgesprochen, dass der Beschädiger auch für zufälligen Schaden haftet. In dieser Allgemeinheit ist der Satz indessen nicht brauchbar, er ist daher im folgenden näher zu bestimmen. Dabei ist vor Allem die Frage zu beantworten, wer bei zufälligem Schaden als Beschädiger gilt, wie also z. B. da, wo eine unmittelbare Einwirkung einer Person nicht stattgefunden, die Quellen die Beziehung des Schadens auf die Person und damit deren Verpflichtung für den Schaden zu haften, vermitteln. Ein Fall dieser Art ist die Beschädignng durch (leblose) Sachen, welche daher in diesem Zusammenhange abzuhandeln ist.

§ 10.

2. *Beschädigungen durch Sachen und ähnliche Fälle.*

Wer einen Schaden verursacht, hat ihn zu ersetzen, das die Regel der Quellen. Die Thätigkeit (dies Wort im allgemeinsten Sinne genommen) einer Person und der schädliche Erfolg müssen daher im Verhältnis von Ursache und Wirkung stehen, wenn die Person für den Schaden haftbar sein soll, m. a. W. der Kausalzusammenhang zwischen dem factum personae und dem Schaden schafft gegen die Person den Ersatz-Anspruch. Dies ist nun näher auszuführen.

1. Halten wir daran fest, dass die Quellen principiell den Schadenden ohne Rücksicht auf seine Schuld verantwortlich machen, so leuchtet ein, dass sie weiter keine Veranlassung haben, da, wo der Schaden in direkt erkennbarer Weise durch menschliche Handlung bewirkt worden ist, die Ersatzpflicht zu motivieren. Es heisst hier einfach: Wer einen Menschen wirft oder schiesst, wer ein Vieh tötet oder verwundet, wer einen Schaden thut u. s. w., muss Wer-

Digitized by Google

geld oder Ersatz leisten. Es sind dies Fälle, wo die Frage nach dem Urheber des Schadens mit der nach dem Urheber der Handlung, welche den Schaden bewirkte, zusammenfällt, wo der Beklagte, der die letztere nicht leugnet, damit auch den Schaden „bekannt“ hat.

2. Hiervon sondern sich andere Fälle, in welchen, wenigstens nach heutiger Rechtsanschauung, der Kausalzusammenhang zwischen dem Thun eines Menschen und der Beschädigung nicht so unzweifelhaft erscheint, man vielmehr geneigt sein möchte, die Ursache derselben in Umständen, welche ausserhalb der menschlichen Thätigkeit liegen, von ihr unabhängig sind, zu erblicken. Wir führen zunächst solche Stellen auf, indem wir diejenigen, welche Entschädigungspflicht bestimmen, von denen trennen, welche dieselbe verneinen.

a) Hierher gehören:

Ssp. II. 38. Die man sal gelden den scaden, die von siner warlose gesciet anderen luden, it si . . . von bornen, den he nicht bewerct enes knies ho boven der erde[1]); ähnlich II. 49. § 2.[2])

Berl. Stadtb. S. 136. Di ander mord komt von tuvalle eynes ungeluckes, ofte eyner eyn perd rede und dat en vordruge, oder met eynem wagen eyn mensche oder eyn kint dode . . . ebenso S. 160. ofte eyn schuwe rüschende perd dar eyner up sete und vordruge en ane synen dank und willen, und tredde eynen menschen tu dode. . .; ähnlich Blume des Magdeb. Rechts II. 2. c. 228; System. Schöffenr. III. 2. c. 123.

Gosl. Stat. S. 41. Z. 1. Oft en kint lepe under enne waghen oder under en pert oder van anderm unghelücke scüde dat en scaden dede. . .

Lübisch. Recht I. 73. Si quis pontem diruptum vel dilapsum domui suae conterminum se emendatum reliquerit et inde iumentum vel animal concivis sui vel burgensis lesionem perceperit; iumentum solvet concivi vel burgensi suo, sed non alienigeni vel hospiti solvet (II. 154. III. 17. 368).

---

[1]) Glogauer Rechtsb. c. 234 (Wasserschleben Rechtsquellen I.); Purgoldt IV. 23. 24.

[2]) Rechtsb. n. Dist. II. 2. d. 3. 4. 12. 15; Eisen. Rechtsb. III. 5. 8. 20. 24. 26. — Hierher gehören auch Gosl. Stat. S. 23. Z. 16, S. 90. Z. 14; Gerichtsleufft zu Eisenach a. 32; Purgoldt III. 20; Lübisches Recht III. 368; Hamb. R. v. 1270 IX. 17 (v. 1292 M. 14; v. 1497 L. 17); Bremer Recht v. 1303: 95, v. 1428: 50, 51 (Oelrichs S. 122. 343); Wend.-Rugian. Landgebr. Tit. 153 Abs. 7, 9. 214 Abs. 3; Poelmannische Distt. III. 7. d. 2.

Digitized by Google

Rechtsb. n. Dist. II. 2. d. 9. Ist eyns mure adder wende adder ander gebuwe uf den andern gefaln, daz sal he erabe rumen mit sines selbes kosten, unde ist mer schade do geschen, den sal he erstaten noch erkenteniss der nackebur adder rates in deme wichbilde. Vergl. Eisen. Rechtsb. III. 16; Glosse z. Weichbild Art. 123.

b) Lübisch. R. I. 61 (II. 170. III. 116). Quicunque autem in suo proprio edificavit et euentum malum vel casum (var. eventu vel casu) nullo procurante alicui de edificio eodem lesio contigerit: ille cuius edificia sunt, leso nichil inde penitus respondebit sed lesor iurabit, quod lesio sine voluntate sua evenerit.[1])

Nordh. Weist. A. § 10 (Förstemann a. a. O.). het ein unser burgere holtz legende uff der stratze, kemet da ein ander kint edir alde lude unde tun sich selben schaden, da get kein gerichte übir.

3. In allen diesen Stellen handelt es sich um eine Beschädigung, welche unmittelbar durch eine Sache angerichtet ist, zu welcher aber eine Person in einer näheren oder ferneren Beziehung steht. Ein Teil der Stellen macht diese Person für den Schaden haftbar, anscheinend auf Grund eines Verschuldens, eines pflichtwidrigen Verhaltens, der Unterlassung eines geforderten oder der Ausführung eines verbotenen Thuns. Sie befreien dagegen teils ausdrücklich, teils implicite die Person von der Haftbarkeit, falls derselben ein solches pflichtwidriges Verhalten nicht zum Vorwurf gemacht werden kann.

Eine andere Reihe der citierten Quellenentscheidungen dagegen macht für die durch eine Sache herbeigeführte Beschädigung den Eigentümer derselben haftbar, ohne dass von einer, in irgend welche Beziehung zu dem Schaden zu setzenden Thätigkeit desselben die Rede wäre. Demgemäss fragt es sich nun einerseits: Gründet sich nach jener ersteren Reihe von Entscheidungen die Ersatzpflicht nicht doch auf ein Verschulden, entgegen dem von uns festgestellten Grundsatze? Auf der anderen Seite entsteht die Frage: Macht das Deutsche Recht ohne Einschränkung den Eigentümer für den durch seine Sachen verursachten Schaden haftbar, wenn derselbe ohne seine Mitwirkung entstanden ist? Dies führt uns zugleich auf die Frage, ob die Quellen eine unbegrenzte Haftung für zufälligen Schaden annehmen.

---

[1]) Ferner die in der vorigen Note Absatz 2 aufgeführten, sowie — arg. e. contr. — Ssp. II. 38. 49. § 2 und vorige Note Abs. 1; zu ergänzen: Bordesholm. u. Neumünstersches Recht Art. 67.

Digitized by Google

4. Ein grosser Teil der angeführten Stellen spricht von einer Beschädigung, welche durch ein Gebäude, eine Brücke, einen Brunnen etc. entsteht, ohne dass eine Person unmittelbar handelnd einwirkt. Es haftet für solchen Schaden nicht der Eigentümer, oder der, welcher den Brunnen anlegte, beide werden nur dann haftbar, wenn der eine sein Gebäude trotz obrigkeitlicher Anordnung nicht herstellte, die Brücke, deren Instandhaltung seine Pflicht, nicht ausbesserte, der andere den von ihm ausgegrabenen Brunnen nicht vorschriftsmässig einhegte. Hier scheint nun der Schluss gerechtfertigt, dass die Ersatzverbindlichkeit nur beim Vorliegen eines Verschuldens eintrete, mithin das oben gefundene Resultat, wonach auch unverschuldet angerichteter Schaden den Thäter ersatzpflichtig macht, sich nicht halten lasse.

Betrachten wir die betreffenden Quellenentscheidungen indes genauer, so ergiebt sich uns keine Widerlegung der hier angenommenen Ansicht.

a) Allerdings machen die Quellen die Schadensersatzverbindlichkeit von einem Verhalten abhängig, welches sie als warlose, Verabsäumen vorgeschriebener Vorsichtsmassregeln, Uebertretung obrigkeitlicher Anordnungen, also als Verschulden auffassen, aber dies Verschulden ist weniger als solches die causa des Ersatzanspruches, als vielmehr darum, weil es überhaupt erst die Anknüpfung des schädlichen Erfolges an eine bestimmte Person vermittelt. Verneinen die Quellen, wie diese Stellen unzweifelhaft ergeben, die Haftung des Eigentümers oder Besitzers für den durch seine Sachen angerichteten Schaden im Princip, so ist klar, dass der Rechtsgrund für solche Haftung, da er nicht in der rechtlichen oder thatsächlichen Zugehörigkeit der Sache zur Person liegt, nur gewonnen werden kann durch das Vorhandensein einer Kausalität der Person für den Schaden. In den vorliegenden Fällen ist aber eine solche Kausalität ohne ein schuldhaftes Verhalten, wie es die Quellen anführen, nicht denkbar. Wer einen Brunnen gräbt und denselben derart einhegt, dass ein Mensch nur durch eigenes Verschulden hineinfallen kann, oder durch die Thätigkeit eines Dritten, bezw. ein Naturereigniss (welches z. B. das hergestellte Gehege wieder zerstört), auf den wird niemand diese Verletzung zurückführen. Ebensowenig wird irgend ein Recht der Welt den Erbauer eines Hauses, welches nach allen Regeln der Kunst aufgeführt worden ist, als den Verursacher des Schadens ansehen, welcher nach Jahren durch das Einstürzen oder die Schadhaftigkeit eines Teiles desselben angerichtet wird, sofern nur dieses Ereignis nicht auf eine fehlerhafte Konstruktion zurückzuführen ist.

Digitized by Google

Das Gegenteil führt zur Absurdität. Verfehlt ist es u. E. daher auch, wenn John (a. a. O. S. 37) sagt: „Wer ein Bauwerk gründet, „giebt damit allerdings die erste Veranlassung zu dem Schaden, „der durch das Einstürzen des Gebäudes entstehen kann", und wenn er weiterhin — den Eigentümer mit dem Gründer des Bauwerks anscheinend gleichstellend — bemerkt: „Erst wenn die Baufällig-„keit durch ein sachverständiges Urteil konstatirt ist .... und „dessenungeachtet Vorkehrungen zur Abwendung der Gefahr nicht „getroffen werden, erst dann ist der Eigentümer des Hauses nicht „nur der Veranlasser, sondern der schuldvolle Veranlasser des „aus dem Einsturze folgenden Unglücks gewesen". Eine solche Auffassung des Kausalzusammenhanges führt konsequent dazu, den Eigentümer auch verantwortlich zu machen, wenn sein Haus durch den Blitz vernichtet wird, und dadurch Andern Schaden entsteht (was John doch im vorhergehenden Satze ablehnt); umsomehr müsste in diesem Falle der Erbauer haften, denn er hat ja „die erste Veranlassung" zu dem Schaden gegeben. Schwerlich dürfte aber diese Anschauung viele Freunde finden, jedenfalls wird es vergeblich sein, sie als die unserer Quellen zu erweisen. Sie betrachten den Erbauer eines Hauses, den Hersteller einer Anlage (Brunnen, Grube) keineswegs an sich als den, welcher die Veranlassung zu dem durch die betr. Anlage angerichteten Schaden gegeben hat, noch weniger den Eigentümer bezw. Besitzer. Letztere werden vielmehr lediglich als solche genannt und ihre Haftung in dieser ihrer Eigenschaft verneint (Lüb. R. III. 368), es deutet nichts darauf hin, dass sie schon an sich als Verursacher des Schadens gelten, vielmehr kommen sie für die Quelle zunächst nur von der Seite ihrer rechtlichen Beziehung zur Sache in Betracht (vgl. auch Bordesholm. Art. 67).

Ausserdem ist aber das Verhalten, auf welches die Quellen die Ersatzpflicht gründen, allerdings an sich in abstracto ein schuldhaftes, in concreto, mit Bezug auf die einzelne Beschädigung, braucht es ein solches durchaus nicht zu sein. Denn die Fassung der Quellenaussprüche lässt keinen Zweifel darüber, dass Ersatz nicht weniger zu leisten ist, wenn z. B. derjenige, welcher den Brunnen grub, der Ueberzeugung sein durfte, dass niemand zum Brunnen kommen würde, wenn überhaupt nach den konkreten Umständen der Eintritt eines Schadens für ihn durchaus unvorhersehbar war. Wesentlich ist demnach an dem verpflichtenden Verhalten nicht sowohl, dass eine Unvorsichtigkeit darin liegt, als dass es die Ursache des Schadens bildet; dass es ein Verschulden enthält, ist zufällig, richtiger gesagt, es liegt in der Besonderheit dieses und

Digitized by Google

der gleichartigen Thatbestände. Denn wer seinen Brunnen in der Weise „bewirct", welche das Recht für ausreichend erklärt, um das Entstehen von Schaden zu verhüten[1]), der ist nicht nur schuldlos, sondern da er einen unschädlichen Zustand setzt, welcher nur durch Handlung eines anderen oder Naturereignis schädlich werden kann, auch nicht kausal für den Schaden, was das wesentliche ist; entsteht ein solcher durch die Anlage, so ist er auf die dazwischen liegende, ausserhalb der Thätigkeit eingetretene Einwirkung Dritter zurückzuführen. Dagegen setzt derjenige, welcher bei der Anlage des Brunnens das „bewirken" unterlässt, einen schädlichen Zustand, damit zugleich die causa des wirklich in Folge dessen eintretenden Schadens.

b) Das nämliche gilt für die anderen Fälle dieser Art.

Das Gebot, welches dem Eigentümer auferlegt, seinen Hof gegen den Nachbarhof einzuzäunen (Ssp. II. 49. § 2); die obrigkeitliche Verordnung, welche ihn auf die Baufälligkeit seines Hauses, auf die gefährliche Lage seines im Dock stehenden Schiffes (Lüb. R. III. 368; Gosl. Stat. S. 90. Z. 14) aufmerksam macht und Vorsichtsmassregeln anordnet; die Rechtsnorm, welche den Hauseigentümer zur Unterhaltung der zu seinem Grundstück gehörigen Brücke verpflichtet (Lüb. R. I. 73. II. 154. III. 17 — de eme boret to makende —. 368 i. f.), oder dem Brauer bestimmte Veranstaltungen gegen Feuersgefahr in seiner Brauerei vorschreibt (Rb. n. Dist. II. 2. 12) — ermöglichen überhaupt erst, den Schaden auf eine Person zurückzuführen. Recht deutlich wird dies an dem Falle der Beschädigung durch eine schadhafte Brücke (Lüb. R. I. 73 und Parallelstellen.) Es lässt sich hier — da ja der Besitzer als solcher nicht haftet — schlechterdings keine Person denken, welche eine, wenn auch noch so entfernte, Veranlassung zu der Beschädigung gegeben (dass die Quellen den Hersteller der Brücke nicht als eine solche Person betrachten, ergiebt schon der Umstand, dass von der Möglichkeit seiner Haftbarkeit gar nicht die Rede ist), es ist dieselbe ein casus „ab omni personae facto seiunctus" (Maurenbrecher); erst die einer Person auferlegte Verpflichtung, die Brücke zu unterhalten, welche den „unschädlichen" Zustand derselben auf die Thätigkeit einer Person stellt, bewirkt, dass jetzt das Unterlassen dieser Thätigkeit als Veranlassen der Beschädigung durch

[1]) Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der Ssp. II. 38 den Schadensersatz auf den Fall beschränken will, wo die bestimmte Art des „bewirkens" des Bornes nicht beobachtet ist, oder ob er dies nur als Beispiel der warlose anführt, und allgemein jede Anlage des Brunnens, welche Schaden herbeiführt, treffen will.

Digitized by Google

den Verpflichteten erscheint. Nur eine ganz oberflächliche Betrachtung solcher Quellenentscheidungen kann daraus, „dass hier „ohne das Hinzutreten des Gebotes (dessen Nichtbeachtung die Ent„schädigungspflicht begründet) bei übrigens gleichem Erfolge eine „Entschädigungspflicht nicht eintritt (John. S. 31 f.)", den Schluss ziehen, dass die Entschädigungspflicht allgemein von dem Vorhandensein der Schuld abhängt. Dabei wird übersehen, dass, wo ein Schaden durch eine Unterlassung herbeigeführt ist, die Person des Beschädigers sich bestimmt durch die Pflicht, den Schaden durch irgend welches Thun abzuwenden[1]), dass also regelmässig der Beschädiger zugleich der schuldhafte Beschädiger sein muss; es wird ferner übersehen, dass die Haftung ohne Rücksicht auf Verschulden noch nicht gleichbedeutend mit der Haftung für jeden Zufall ist, der Nichteintritt der Entschädigungspflicht in einem Falle, wo casus vorliegt, also noch nicht beweist, dass für zufälligen Schaden überhaupt nicht gehaftet werde. Eine nähere Betrachtung dieser Fälle hat uns vielmehr gezeigt, dass es in der Besonderheit derselben liegt, wenn regelmässig das die Ersatzpflicht schaffende Verhalten sich als warlose darstellt.

c) Auch die Stellen, welche von der Verletzung durch einen Reiter oder Fuhrmann handeln, sprechen u. E. nicht gegen die Annahme, dass es wesentlich der Kausalnexus ist, der die Person des Ersatzpflichtigen bestimmt. Dieselben sind um deswillen in diesem Zusammenhange zu erörtern, weil der Umstand, dass die Haftung für den durch Tiere angerichteten Schaden nach den Grundsätzen unserer Quellen durch das Recht der Dereliktion beschränkt ist, wenn das Tier ohne Schuld des Eigentümers schadete, zu der Annahme verleiten könnte, dass hier, wo voller Ersatz ohne Dereliktionsrecht verlangt wird, eine Schuld des Pflichtigen vorausgesetzt werde. Zwar die bereits citierte Stelle des Lübischen Rechts (II. 255) — über ihre Erklärung vgl. oben S. 14 f. — steht in der That auf diesem Standpunkte, allerdings abweichend von dem Cod. III. 315 daselbst, den entsprechenden Stellen des Hamburger (1270 VI. 20; 1292 G. XVII; 1497 L. XVIII) und des Bremer Rechts (1303 O. 108; 1428 a. 55). Dagegen fehlt jede Andeutung solcher Beschränkung in den diesen Fall behandelnden Entscheidungen der übrigen Quellen, sie bestimmen die Haftung schlechthin, bezeichnen den Schaden als von ungelucke geschehen (Berl. Stadtb. S. 136; Gosl. Stat. 41, 1), geben nur an, dass die Verletzung ane dank und willen des Wagenführers oder Reiters sich ereignet, stellen

[1]) Siehe darüber unten § 14.

Digitized by Google

überhaupt diesen Fall als völlig gleichartig neben die anderen Fälle der willenlosen Verletzung, für welche wir oben die Relevanz der Unterschiede innerhalb der Unabsichtlichkeit für die Entschädigungspflicht verneinen mussten. Da wir auch die Annahme, dass hier ein Verschulden präsumiert werde, verwerfen, so können wir auch die Worte des Berl. Stadtb. S. 136 „ofte eyner eyn perd rede und dat en vordruge" und S. 160 „ofte eyn schüwe rüschende perd dar eyner up sete und vordruge en ane synen dank . . . .", so wenig, wie die der Blume Mgd. R. II. 2. 228 — „oder (scil. ob ein man) ein pfert rente, dem er nicht geczemin mag . . .," zum mindesten nicht ausschliesslich auf ein Verschulden des Reiters, von dem dort die Rede, deuten, müssen vielmehr annehmen, dass damit allgemein die Unabsichtlichkeit bezeichnet wird, und zwar dem Wortlaute nach eher nach der Seite des Zufalls.

Der Fuhrmann, der Reiter haften also auch lediglich als Verursacher des Schadens, „dat en scaden dede", sagen die Gosl. Stat. a. a. O., ebenso die Statuten von Greussen von 1556 IV. Art. 27 (Walch Verm. Beitr. Bd. VII. S. 67 ff): „thut ein Knecht Schaden . . . mit seines Herrn pferden oder geschirre"; sie haften, weil sie das Gefährt, die Pferde „treiben" (den schaden schal de beteren de den wagen drift, Hamburg VI. 20), die Bewegungen des Gefährtes lenken, nach Art und Richtung hervorrufen und beherrschen, also die Ursache des durch die Fahrt etwa angerichteten Schadens, wenn auch in concreto ohne dass ihnen eine Verschuldung vorgeworfen werden könnte, werden. Ein Zweifel daran, ob dies die allgemeine Anschauung der Quellen ist, könnte durch die Ausdrucksweise an den erwähnten Stellen des Berl. Stadtb. und der Magd. Blume (siehe oben) erweckt werden, hier tritt der Mensch als handelnder zurück, er hat die Herrschaft über das Tier verloren und wird viel mehr von diesem fortbewegt, als dass er dessen Bewegungen veranlasste. Vielleicht liesse sich dieser Zweifel durch die Erwägung beseitigen, dass der hier zum Ausdruck kommenden Rechtsanschauung die das Tier lenkende Person so sehr als das eigentliche agens erscheint und dass sie derart das Gewicht darauf legt, dass die Person den Gang des Tieres, auf welchem das Unglück geschah, veranlasst, es zuerst in Bewegung gesetzt hat, dass auch die spontane „Handlung" des letzteren ihr den Kausalzusammenhang nicht zu durchbrechen scheint, vielmehr auch hier wie in den übrigen Fällen der Schaden doch als durch das Zuthun des Reiters, van sinen sculden, angerichtet gilt. Einer mehr äusserlichen Betrachtung der Dinge dürfte solche Anschauung sogar ganz natürlich sein. Nicht verschwiegen werden darf, dass der Wend. Rugian-

Digitized by Google

Ldgebr. Tit. 177. al. 6 in diesem Falle die Beschädigung offenbar als durch das Tier verursachte, demgemäss als nach den Grundsätzen des Tierschadens zu behandelnde auffasst. Er sagt: „Würden Wagen, Perde etc. mit einem lopen, dar de Driver neene Schuld anne hedde . . . und führe einen Minschen över, he mag dat Leideperd und dat Underperd uthspannen und vor den Schaden laten fahren", bestimmt also Dereliktion. Die feinere Unterscheidung entspricht der reicheren kasuistischen Ausbildung dieser Quelle sehr wohl.[1])

d) Noch bleibt uns die bereits oben citierte Stelle des Rb. n. Dist. II. 2. 9 nebst ihren Parallelstellen zu erörtern: Denn hier wird bestimmt, dass der Eigentümer, dessen Mauer oder Hauswand auf das Nachbargrundstück gefallen, und zwar jedenfalls ganz zufällig gefallen ist, nicht nur die Trümmer wegzuräumen, sondern auch den dadurch seinem Nachbar verursachten Schaden zu ersetzen hat. Damit setzt sich die Stelle also in direkten Widerspruch mit dem, was sich uns aus den übrigen Quellen ergeben hat. Sie erfordert nicht, wie z. B. Gosl. Stat. 90, 14, ein voraufgegangenes obrigkeitliches oder sonstiges Gebot zur Achtsamkeit, vielmehr ist der Eigentümer schlechthin als solcher zum Ersatze verpflichtet. Das Eisen. Rechtsb. III. 16 wiederholt die Stelle fast wörtlich, die Bestimmung findet sich ausserdem inhaltlich wieder in der (von dem Rb. n. D. jedenfalls unabhängigen) Glosse z. Ssp. II. 49 und der Gl. z. Weichbild Art. 123 (Ausg. v. Daniels).

Die beiden letztgenannten Stellen bringen den deutsch-rechtlichen Satz des Ssp. II. 49 mit der römischen cautio de damno infecto in Verbindung, und fahren dann fort (Ssp.-Gl.):

> clagistu abir nicht und vellet is uf din gebuwe, so mus her dir dinen schaden irlegen oder du beheldist daz in dinen hof gevallen ist.

Die Weichb.-Glosse macht, abweichend, vom Willen des Grundeigentümers, der Schaden erlitten, abhängig, ob er Anspruch auf Ersatz erheben oder die auf sein Grundstück gefallenen Trümmer sich aneignen will, giebt dem Eigentümer des eingestürzten Hauses das Recht, sich durch Dereliktion des Hinübergefallenen von weiteren Ansprüchen zu befreien nur, wenn der Beschädigte einwilligt.

Es ist offenbar, dass die Stellen auf einem Missverständnis des Römischen Rechts beruhen, der zum Ausdruck gebrachte Gedanke

---

[1]) Bemerkt sei hier noch, dass aus der Erwähnung des Wagens in einigen der hier cit. Stellen nicht auf andere Fälle, in denen eine Beschädigung durch leblose Sachen herbeigeführt ist, geschlossen werden darf. Der Wagen wird immer nur für den Fall erwähnt, dass er von Tieren in Bewegung gesetzt, gezogen wird. (cf. Behrend, Stendaler Urteilsbuch S. 81).

Digitized by Google

ist ein entschieden deutschrechtlicher, nämlich derselbe, der den cit. Stellen des Rb. n. Dist. bezw. des Eisenacher Rb.'s zu Grunde liegt, nur ist den letzteren die Dereliktionsbefugnis unbekannt. Doch brauchen wir auch bezüglich dieser nicht annehmen, dass sie allein aus der noxae deditio des Römischen Rechts (l. 7. D. 39. 2)[1]) herzuleiten sei, vielmehr findet sich, ganz abgesehen von den Grundsätzen über Tierschaden, in den Deutschen Rechtsquellen, auch wo es sich um leblose Sachen handelt, Analoges. — Vergl. z. B. für die Zeit der Volksrechte Lex Ribuar. tit. 70 § 1; sonst Hepp a. a. O. S. 165[2]). — Einen Einfluss des R. R. wird man indes nicht leugnen können.

Wir werden die erörterten Bestimmungen als singuläre zu betrachten haben. Es handelt sich hier um Rechtsverhältnisse zwischen Nachbarn, speciell um Beschädigungen, welche aus der Lage ihrer eng aneinander grenzenden Gebäude erwachsen. Nicht gilt die Ersatzpflicht, wenn durch den Einsturz der Mauer, etwa auf die Strasse, jemand beschädigt wird, ja nicht einmal dann kann die Bestimmung Anwendung finden, wenn die Mauer zwar auf des Nachbarn Grundstück gefallen, der angerichtete Schaden aber in der Verletzung eines Menschen oder Tieres besteht. Das scheint nicht nur die Fassung der Stelle, sondern auch der Zusammenhang, in welchem sie im Rechtsb. n. D., wie im Eisen. Rechtsb. steht, zu beweisen. Denn die vorhergehenden wie zum Teil die folgenden distt. (z. B. 3. 4. 12. Eisen. III. 5. 8. 20.) behandeln baupolizeiliche Anordnungen zur Verhütung von Schaden und lassen keinen Zweifel darüber, dass sie sich nur auf Beschädigungen am Grundstück, bezw. Gebäude des Nachbarn beziehen (vgl. z. B. Eisen. III. 8 [Rb. n. D. II. 2. 4.]).

Und wenn die Stelle selbst (wenigstens im Rb. n. Dist.) sagt: „unde ist mer schade do geschen“ (d. h. ausser der blossen Unannehmlichkeit, dass die Trümmer auf dem Grundstücke liegen, bezw. der Verhinderung in der Benutzung desselben), und die Höhe der zu leistenden Entschädigung bestimmen lässt „noch erkentenisz der nackebur adder rates in deme wichbilde“, so kann doch nur eine Beschädigung an dem Grundstück bezw. den Anlagen auf demselben gemeint sein. Dadurch nähert sich die Bestimmung der römischen cautio de damno infecto mit ihren Erweiterungen und ist wie diese

---

[1]) Vergl. darüber Hepp. a. a. O. S. 78. ff.

[2]) Ueber einen Fall aus dem Vertragsrechte vergl. Stobbe Vertragsrecht S. 266. N. 21. S. auch Stobbe Priv.-Recht II. S. 380. N. 22 a; D. H. G. B. Art. 452.

Digitized by Google

als Ausnahme zu betrachten; sie erklärt sich leicht teils aus Billigkeitsrücksichten, indem sie dem Grundstückseigentümer wirksamer Schutz gewähren soll, teils aus baupolizeilichen Gesichtspunkten, welche besonders in den Städten von Bedeutung waren (dass auch hier es sich um städtische Grundstücke handelt, zeigt die Erwähnung des „Rates“ in dem „Wichbilde“)[1]. Die Grundsätze der Quellen, wie sie in den Gosl. Stat. (90, 14) und dem Rechte der Hansestädte entwickelt sind auf der Grundlage des Ssp., erfahren also durch die hier besprochenen Stellen nur eine für einen speziellen Fall geltende Ausnahme, welche sich durch die Rücksicht auf die Interessen der Eigentümer städtischer Grundstücke u. E. hinreichend erklärt. Als Ausnahmebestimmung ist dieselbe aber auf diesen Fall zu beschränken und nicht darin ein allgemeines Princip zu erblicken[2].

Anmerkung.

Einige der in dem Paragraphen benutzten Quellenstellen sind hier noch einer etwas genaueren Erörterung zu unterziehen, als es im Text zweckmässig, ohne die Darstellung zu sehr zu unterbrechen, geschehen durfte.

1. Es wurde schon oben bemerkt, dass in den Fällen, wo die Quellen die Entschädigungspflicht durch die Unterlassung eines Gebots, das Handeln gegen ein Verbot begründen, in concreto, nach unserer heutigen Anschauung wenigstens, ein Verschulden nicht vorzuliegen braucht, welches den Schaden hervorgerufen. Die Quellen sehen indessen ein solches in dem Nichtbewahren an sich, sie unterscheiden nicht, ob im einzelnen Fall dieses zur Schuld angerechnet werden konnte oder nicht, die betr. Vorschrift bildet den äusserlichen Massstab für die Beurteilung des Verhaltens. Noch äusserlicher scheinen einige Stellen diesen Massstab zu bestimmen, wenn sie lediglich die Thatsache als wesentlich bezeichnen, dass vor dem Eintritt des Schadens die Warnung des Eigentümers der schädigenden Sache stattgefunden habe, ohne darauf Gewicht zu legen, ob derselbe der Warnung gemäss Vorsichtsmassregeln getroffen zur Verhütung des Schadens, oder nicht. So bestimmt Purgoldt III. 20, nachdem der Eigentümer, dessen Haus abbrennt, nicht für ersatzpflichtig erklärt worden ist, wenn dadurch auch Andere Schaden leiden:

> werdet her (der Eigentümer) aber von seime nackebur do vor gewarneth, das her zusye und sein gesinde umb tor-

[1]) Vergl. Stobbe Geschichte d. Deutschen Rechtsqu. I. S 483.

[2]) Der Verpflichtete haftet nicht, weil er den Schaden verursacht, sondern trotzdem er ihn nicht verursacht hat, als Eigentümer bezw. Inhaber.

Digitized by Google

lich geluchte straffe und vorbornet danne, denn schaden muess her seime nackebur dan legenn, ab her wol mede schadenn von brandes wegen genomen hat.

Ebenso macht das Lübische Recht III. 368 (und die entsprechenden) die Entschädigungspflicht nur davon abhängig, dass das Gebäude, Schiff, der Querbalken (etwa eines Brunnens), durch dessen Fall Schaden angerichtet ist, vorher „beschuldiget were van deme rade".

Es lässt sich diese Erscheinung in verschiedener Weise erklären.

a) Entweder man nimmt an, dass die Quellen in der Thatsache des eingetretenen Schadens einen unwiderleglichen Beweis dafür sehen, dass die erteilte Warnung nicht beachtet ist, keine Vorsichtsmassregeln getroffen worden sind, also der schädliche Erfolg ihnen die Präsumption liefert, dass der Schaden von der warlose des Eigentümers geschehen sei. Dieser Ansicht scheint John zu sein, wenn er (a. a. O. S. 15. 31 f.) bezüglich dieser Stelle sagt, dass die Entschädigungspflicht von dem Nichtbeachten eines vorangegangenen Gebotes abhängig gemacht werde (wie er zu dieser Erklärung gelangt, sagt er allerdings nicht). Ich halte diese Interpretation für annehmbar: es ist wohl zu beachten, dass doch dabei die Schuld nicht aus dem Erfolge allein geschlossen wird, wie bei der John'schen Zurechnungstheorie, sondern dass als wesentlicher Faktor die geschehene Warnung oder „Beschuldigung" erscheint. In der That wird diese Präsumption regelmässig das richtige treffen und jedenfalls der Anschauung der Quellen nicht widersprechend erscheinen.

b) Oder man findet zwar auch jene Präsumption in der Stelle, ohne ihr aber absolute Geltung zuzusprechen, erachtet also den Beweis, dass man die Warnung beachtet, und Vorsichtsmassregeln getroffen habe, für zulässig. Hiergegen spricht die Analogie: die sehr ähnliche Stelle des Rb. n. Dist. II. 2. 12 lässt zwar den Beweis der Schuldlosigkeit zu in dem allgemeinen Falle des Brandschadens, schweigt aber darüber gänzlich bezüglich des Falles, wo der Brand in den Räumen auskommt, die der Eigentümer „von irsaczten rechten" bewahren sollte, schliesst ihn also hier, wie aus der Gegenüberstellung beider Fälle klar wird, aus, mithin gerade für den Fall, welcher nach seiner juristischen Qualifikation dem in der Stelle des Purgoldt behandelten entspricht. Ausserdem kennt auch keine der analogen Stellen der anderen Rechtsquellen diesen Gegenbeweis.

c) Ich glaube mich für eine dritte Auffassung entschliessen zu

müssen. Erwägt man, wie ausserordentlich, nach der Art der Darstellung wie nach dem materiell-rechtlichen Inhalt, die beiden Stellen den dieselben Fälle behandelnden der verwandten Quellen ähnlich sind — man vergleiche mit Purg. III. 20: Gerichtsleufft z. Eisenach A. 32; Rb. n. D. II. 2. 12, mit Lüb. R. III. 368: Gosl. Stat. 90, 14 —, so wird man es nicht für wahrscheinlich halten, dass sie eine Abweichung von den Grundsätzen der letzteren aussprechen wollen, man kann vielmehr unbedenklich annehmen, dass sie dasselbe, nur weniger genau, sagen, mithin das, was jene Stellen ausdrücklich besagen, stillschweigend ergänzt wissen wollen. Es liegt sehr nahe, in der Stelle des Purgoldt ein „thut er das nicht" einzuschieben, und was das Lüb. Recht betrifft, so setzt es jedenfalls auch stillschweigend voraus, dass die „Beschuldigung", bezw. die damit verbundene obrigkeitliche Aufforderung nicht beachtet worden. Die Annahme einer Präsumption aus dem schädlichen Erfolge ist daher unnötig. Beispiele für eine derartige ungenaue Ausdrucksweise haben sich uns schon im § 8 oben ergeben (z. B. Ssp. III. 3); sie ist hier um so leichter erklärlich, als es, wie sich aus dem vorstehenden ergiebt, den Quellen eben ein ganz selbstverständliches Moment dieser Fälle ist, dass die durch allgemeines oder specielles Gebot erforderte Vorsicht nicht geleistet ist.

2. Eine ähnliche Bemerkung, wie bezüglich des Verschuldens, legen uns manche der hier besprochenen Stellen bezüglich des Kausalnexus nahe. Die Gosl. Stat. S. 90. Z. 14 sagen nur: Wenn jemand das Gebot, sein baufälliges Haus herzustellen, nicht befolgt und Schaden von dem Bauwerk nach diesem Gebote geschieht, so hat er ihn zu ersetzen. Ebenso Lüb. R. III. 368. Auch Purgoldt III. 20 erachtet nur als wesentlich, dass der Schaden nach der erfolgten Warnung geschehen ist. Hier scheint also nur das post hoc, nicht auch das propter hoc erfordert zu werden, und es entsteht die Frage, ob es im Sinne der Stellen liegt, die Haftung dementsprechend immer eintreten zu lassen, wenn der Schaden dem Nichtbeachten des Gebotes zeitlich folgt, ohne Rücksicht darauf, ob es dafür kausal geworden. U. E. ist eine solche buchstäbliche Interpretation nicht am Platze. Wir dürfen auch hier diese Stellen nicht aus allem Zusammenhange mit den verwandten herausreissen, sondern müssen bedenken, dass sie sich in Quellen befinden, die zum Teil unmittelbar oder mittelbar auf den anderen beruhen, jedenfalls in ihren Anschauungen und Rechtsgrundsätzen ihnen verwandt sind. Eine Betrachtung der entsprechenden Quellenzeugnisse zeigt aber, dass dieselben auf den Kausalzusammenhang sehr wohl Gewicht legen. So sagt der Ssp. (II. 49. § 2):

Digitized by Google

Manlik sal ok bewerken sinen deil des hoves; die des nicht ne dut geschiet dar schade von . . .

d. h. eben von dem nicht bewerken[1]), ebenso verlangt Ssp. II. 38 ausdrücklich, dass der Schaden von der warlose jemandes geschehen sei, z. B. von dem Nichteinhegen des Brunnens.

Auch das Rb. n. Dist. spricht dies aus, wenn es II. 2. 12 heisst: waz eyn man bewarn sal unde tud des nicht, bekumpt dovon schade . . -, ebenso setzt der Wend.-Rug. Ldgebr. tit. 214 voraus, dass das Feuer „uth Vorsümenisse, Frevel edder Ungehorsam" entstanden, also aus einer der als Beispiele der „Vorsümenisse" aufgeführten Handlungen, und tit. 155 al. 7 verlangt bei Beschädigungen durch unausgebesserte „Schlenken, Pütten" etc. nur Ersatz, wenn der Schade „derhalven", d. h. durch das Unterlassen der Besserung geschah.

Wenn endlich die Gerichtsl. z. Eisen. a. 32 zwar nur sagen: „Spricht man aber bewaret unsern schaden, tuet er des nicht und geschicht schade von seinem brande"; so folgt doch daraus, dass vorher der Brand als von unglucke entstanden bezeichnet und diesem entgegengesetzt wird, dass eben hier der nicht von unglucke, sondern durch das Nichtbewahren entstandene Brandschaden gemeint ist. Mit Rücksicht auf diese Belege darf man auch wohl in den drei Stellen, welche den Kausalnexus zwischen der Nichtbeachtung des Gebotes und dem Schaden nicht ausdrücklich hervorheben, doch dieselbe Anschauung sehen, welche ihre Fassung jedenfalls zulässt. Im allgemeinen dürfen wir es daher als Regel ansehen, dass da, wo die Entschädigungspflicht sich auf das Handeln wider eine rechtliche Vorschrift gründet, nur für den Schaden Ersatz zu leisten ist, der in Folge der Nichtbeachtung dieser Vorschrift, durch Unterlassung oder Handlung, entstanden ist, dass jedenfalls, wenn auch für dieses Verhältnis die Vermutung spricht, dem Beklagten der Beweis offen bleibt, dass der Schaden durch einen anderen Umstand veranlasst sei. Indessen wird diese Möglichkeit nur in beschränktem Masse behauptet werden dürfen, und zwar nur dann, wenn die Nichtbeachtung des Gebotes überhaupt gar nicht zu dem schädlichen Erfolge mitgewirkt hat. Wenn also das Haus durch den Blitz entzündet abbrennt, wenn ein Dritter einen Menschen in den unverwahrten Brunnen stürzt, so hat die Nachlässigkeit des Eigentümers zu der Beschädigung gar nicht

[1]) Dass dies der Sinn ist, beweist der Schluss der Stelle: man blift is ok sunder wandel, geschiet ime schade; es hätte dies gar keinen Sinn, wenn damit nicht der Schaden gemeint wäre, der durch das Nichteinhegen entstanden ist; cf. Purgoldt II. 126.

Digitized by Google

mitgewirkt. Es erscheint die Annahme, dass die Quellen solche Ausnahmen anerkannt und ihnen die Wirkung zugeschrieben haben, die Entschädigungspflicht zu beseitigen, bei dem praktischen Sinne der Quellen nicht nur zulässig, sondern notwendig und sie wird durch das Schweigen einzelner Stellen nicht widerlegt.

3. Was die den Brandschaden behandelnden Stellen betrifft, so ist hier noch folgendes zu bemerken. Alle diese Stellen[1]) lassen den Hauseigentümer nur für culpa haften, wenn sein Haus durch Abbrennen zugleich die Nachbarhäuser beschädigt, das Feuer auf diese überträgt. Der Fall liegt hier nun aber anders, als in den sonstigen, im vorstehenden Paragraphen behandelten Stellen. Denn der Eigentümer kann hier die Veranlassung des Feuers auch durch positives, aber unverschuldetes Thun geben, durch direkte Einwirkung den schädlichen Zustand der Sache hervorrufen, m. a. W. den Schaden schuldlos verursachen. Es liegt also hier eine wirkliche Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen vor, indem derjenige, welcher sein Haus absichtslos in Brand setzt, für den Schaden, welche seine Nachbarn dadurch erleiden, nur dann haftet, wenn er fahrlässig handelte. Diese Bestimmung ist jedenfalls eine in der Billigkeit begründete: es erscheint unbillig, dass der, welcher ohne eigene Schuld das Unglück hat, dass sein Haus oder sonstiges Besitztum durch Feuer vernichtet wird, nun auch noch den Mitbeschädigten Ersatz leisten müsse.

Vielleicht darf man auch annehmen, dass die Quellen dabei vorzugsweise den Fall im Auge haben, wo das Feuer ohne menschliche Thätigkeit, durch Blitz etc. entsteht.

4. Die beiden bereits oben citierten Stellen des Lüb. Rechts Cod. I. 61 und II. 170 (III. 116) weichen von einander anscheinend in der Auffassung ab. Die letztere Stelle, welche späteren Datums ist, als die des Cod. I., giebt dieselbe, wie folgt, wieder:

> So we oc up sineme eghenen gebuwet hevet unde dar unghelucke to gevalle van ungheschichte dat van deme buwe sereget gesche, degene des dat ghebuwe is, ne darf deme ghesereiden dar umme nicht antworden mer he mot dat up den hileghen sweren dat (it) sunder sinen willen geschen si.

Es wird hier die Verpflichtung des Eigentümers des Baues besprochen und bestimmt, dass er nicht für Beschädigungen haftet, welche von dem Bau „zufällig" geschehen, er hat nur zu beschwören,

[1]) Ssp. II. 38; Rb. n. D. II. 2. 12; Eis. Rb. III. 20; Purg. III. 20; Gerichtsl. z. Eis. a. 32; Schles. Landr. c. 196 (Gaupp, S. 167) — unklar —.

Digitized by Google

dass die Beschädigung ohne seine Absicht eingetreten sei. Man hat wohl nicht allgemein an eine Beschädigung durch ein Gebäude zu denken, sondern an den Fall, wo sich die Beschädigung bei dem Bauen eines Gebäudes, „bei einem Bau“ ereignet. (Dafür spricht ausser dem Ausdruck auch, dass der allgemeine Fall an einer anderen Stelle, III. 368, behandelt ist.) Diese Beschädigung tritt van unghesehichte, nach Cod. I „nullo procurante“ ein, d. h. ohne jemandes Schuld, denn hätte jemand Schuld, so würde dieser ja haftbar sein; so ist es natürlich, dass der Eigentümer nicht haftet, denn er ist ja auch unschuldig am Schaden. Dies bestimmt nun auch Cod. I., aber er legt den Eid der Absichtslosigkeit dem „lesor“, nicht, wie Cod. II., dem Eigentümer auf. Diese Version ist auffallend, denn der erste Satz der Stelle spricht ja von der Verpflichtung des Eigentümers, nicht dessen, welcher die äussere Veranlassung zu der Beschädigung gab, und des letzteren Verbindlichkeit könnte doch durch den Eid der Absichtslosigkeit allein noch nicht fortfallen. Es dürfte sich dieser Eid vielleicht ebenso erklären, wie der im Rechtsb. n. Dist. II. 2. 12 geforderte (vgl. dazu oben S. 22 Note 1): zum Ueberfluss soll der, auf dessen Veranlassung man den Schaden zurückführt, beschwören, dass ihm jedenfalls die Absicht zu beschädigen fern gelegen hat. Warum er nicht als Veranlasser haftet, wird aus der Stelle nicht klar. Der deutsche Text spricht wohl von einer solchen Beschädigung, welche durch beim Bau beschäftigte Personen angerichtet ist, hier kann denn auch der Eigentümer schon dadurch frei werden, dass er sich von der Absicht reinigt, da in solchen Fällen regelmässig kein Raum für eine irgend welche Verursachungsthätigkeit seinerseits sein wird (eine culpa in eligendo kennt das Lüb. Recht nicht).

5. Eigentümlich ist im Lüb. Recht I. 73 (II. 154. III. 17. 368 i. f.) die Beschränkung des Ersatzanspruches, welcher nur den Nachbarn und Mitbürgern des Verpflichteten zusteht. Will man nicht in dieser Bestimmung die Aeusserung eines gewissen städtischen Partikularismus sehen, so möchte sich dieselbe auf die Annahme zurückführen, dass ein quasi - kontraktliches Verhältnis zwischen dem Verpflichteten und den Bürgern der Stadt vorliege; eine Verpflichtung nur diesen gegenüber, auf welche sich die Fremden, als nicht in nexu dieser Obligation ad faciendum, nicht berufen können. Ich kenne kein Analogon zu dieser Bestimmung, denn wenn die Stellen über Brandschaden immer nur von dem den Nachbarn zu leistenden Ersatze sprechen, so sind diese eben als die nächst Beteiligten beispielsweise genannt, ja es rechtfertigt sich auch juristisch diese Beschränkung. Denn es wird sich bei weiterer

Digitized by Google

Ausbreitung eines Brandes gewiss legislatorisch nicht empfehlen, den sämmtlichen Beschädigten den gleichen Ersatzanspruch gegen den Urheber des Brandes zu geben und dadurch das Recht der einzelnen illusorisch zu machen, vielmehr dürfte es praktisch sein, nur den Nächstwohnenden, bezüglich deren auch der Kausalzusammenhang ihres Schadens mit der „Brandstiftung" am klarsten ist, den Verursacher zum Ersatze zu verpflichten.

6. Aus der oben cit. Stelle der Nordhäuser Weistümer (A. § 10) lässt sich, da der Thatbestand nicht genauer erzählt ist, nicht mit Sicherheit entnehmen, weshalb hier die Entschädigungspflicht fortfällt. So viel kann man aus dieser Thatsache folgern, dass der Beklagte das Holz, an welchem sich ein Kind oder alte Leute beschädigt hatten, nicht unvorsichtig auf der Strasse aufgestapelt hatte, und deshalb der Schaden als ohne seine Veranlassung entstanden angesehen wird.

§ 11.

3. Der Kausalzusammenhang als Princip der Haftung.

Wir sahen: den Schaden hat zu ersetzen, wer ihn verursachte, und fanden dies als Grundregel der Haftung bestätigt.

Präcisiren wir diesen Satz näher. Ein festes Princip für die Quellen aufzustellen, stösst auf grosse Schwierigkeiten, denn „die Deutschen sind eben von bewusster Abstraktion sehr weit entfernt"; wenn es trotzdem versucht werden soll, so werden wir uns vor dem „Hineintragen fremder Begriffe" zu hüten haben, ebenso aber vor einer gänzlichen Verflüchtigung der den Quellen zu Grunde liegenden, „instinktiv durchgeführten" Rechtsgedanken.

1. Wo die Schuld nicht das entscheidende Moment für die Anerkennung der Entschädigungspflicht ist, wie in unseren Quellen, wo also die objektive Betrachtung stattfindet, da muss das Recht principiell demjenigen diese Pflicht auferlegen, auf welchen es die Beschädigung zurückführt. Wie aber das Verhältnis, in welchem eine Handlung zu einem schädlichen Erfolge stehen muss, um jene als Ursache dieses zu betrachten, sich bis heute nicht durch eine allgemein richtige Formel hat ausdrücken lassen und wohl überhaupt nicht ausdrücken lässt — etwa dass die Handlung die nächste, erste, hauptsächlichste Ursache des Erfolges sei —, so können wir noch weniger eine derartige Formulierung von den Quellen erwarten.

Es wird vielmehr nach dem gesunden Menschenverstande, nach der Erfahrung des Lebens beurteilt, ob die Handlung als Ursache eines Schadens erscheint, und hiernach urteilt auch der wegen eines

Digitized by Google

Schadens Beklagte, ob er als gewissenhafter Mann sich zu dem Schaden „bekennen" müsse oder beschwören könne, dass er „unschuldig" sei an dem Schaden, dass derselbe ohne sein Zuthun, nicht von sinen sculden, geschehen sei. Er urteilt selbst über den ursächlichen Zusammenhang, wie er über die Schuldhaftigkeit seiner Handlung urteilt. Der Satz, dass die Handlung jedenfalls mit unter den Bedingungen des Erfolges gewesen sein muss, dass andererseits an sich ein mehreres nicht erforderlich ist, wenn nur der Schaden nicht notwendig auch ohne die ihn jetzt bewirkende Handlung, durch eine andere Thatsache herbeigeführt werden musste, welchen man wohl als normativ aufgestellt hat (Windscheid, Pand. II. § 258 No. 15; Förster, Preuss.-Priv. Recht I. § 90), liegt daher, wenn auch nicht ausgesprochen, auch dem Rechte unserer Quellen zu Grunde, als ein unmittelbar einleuchtender und in der Billigkeit begründeter. Für die Anerkennung der einschränkenden Bedingung desselben findet sich wenigstens ein ausdrückliches Zeugnis in dem Lüneburger Stadtrecht von 1247, einer dem Ssp. zeitlich nahestehenden Quelle. Dort wird bestimmt (Ausg. v. Kraut, S. 25 Z. 1—4):

> Warde ok en hus vor deme brande upgehouwen na anwisinge des Rades, bestunde de brand uppe deme vorstöreden hus, men solde it eme gelden, ghinge aver de brand dar over men darf is nicht gelden.

Hier ist deutlich ausgesprochen, dass die Ersatzpflicht des Rates, welcher zur Verhütung der Weiterverbreitung des Feuers ein Haus niederreissen lässt, nicht statt hat, wenn das Feuer sich über das Haus hinweg verbreitet, also wenn es klar ist, dass das Haus auch ohne das Niederreissen durch das Feuer vernichtet worden wäre.

Ein zweites Zeugnis für diesen Grundsatz darf man vielleicht in der allerdings durchaus singulären Bestimmung der Neumünsterschen Kirchspiels- und Bordesholmer Amtsgebräuche Art. 46 i. f. sehen, dass der, welcher für einen Totschlag zu bessern hat, nicht die Begräbniskosten zu erstatten verpflichtet ist, offenbar in dem Gedanken, dass ein jeder einmal begraben werden muss, die den Verwandten erwachsende Ausgabe also unter allen Umständen für sie entstanden sein würde, auch wenn die Tötung nicht erfolgt wäre.

In dem Umstande, dass bei dem Beweissysteme der Quellen die Entscheidung zum grossen Teil in das Urteil des Einzelnen, welches wiederum seinen Massstab findet im allgemeinen Rechtsbewusstsein, gestellt ist, liegt zugleich die beste Garantie dafür, dass nicht in falsch abstrahierender Weise ein ursächlicher Zusammenhang ge-

Digitized by Google

funden werde, wo nur irgend eine auch noch so entfernte Beziehung der Handlung einer Person zu dem Schaden vorliegt. Dass zu einer für uns befremdenden Ausdehnung des allgemeinen Satzes zum Teil die Neigung vorhanden war, zeigt das Leipz. Schöffenurteil bei Wasserschleben I. S. 350—352 (auch bei Stobbe, Priv.-R. III. § 200 No. 16 citiert), wo noch entschieden werden musste, dass der, auf dessen Veranlassung jemand ins Gefängnis geworfen ist, nicht aufzukommen hat, wenn dem Gefangenen in der Haft ein Bein abfriert.

Im übrigen zeigen die Beispiele, welche die Quellen anführen, dass die Frage, ob ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der menschlichen Handlung und dem Schaden anzunehmen sei, etwa nach dem Massstabe entschieden wurde, welcher auch der heutigen Rechtsanschauung entspricht.

2. Genaueres ergiebt die Betrachtung der negativen Seite.

Kein Kausalzusammenhang wird angenommen, wenn die Thätigkeit der Person zwar in thesi die Möglichkeit einer Beschädigung gesetzt, dagegen ein von dieser Thätigkeit unabhängiges Ereignis — Naturkraft oder Handlung eines Dritten — in hypothesi die bewirkende Ursache der erfolgten Beschädigung geworden ist. Ein solches Ereignis durchbricht den an sich vorhandenen Kausalnexus und es wird dadurch die dritte Person Veranlassung des Schadens, bezw. gilt derselbe als durch Naturkraft veranlasst. So setzt wer einen Brunnen gräbt, zwar die Möglichkeit einer Beschädigung, die wirklich eintretende wird aber nicht durch diese Handlung, wenn anders alle Vorsichtsmassregeln beobachtet sind, sondern durch die Handlung dessen, welcher etwa einen Menschen hineinwirft, oder das Naturereignis, welches die Umzäunung des Brunnens zerstört, bewirkt. Dass man für solchen Schaden nicht haftet, muss man aus Ssp. II. 38 folgern, denn es heisst nicht, dass man den Schaden zu ersetzen habe, der durch einen Brunnen, welchen man herstellte, herbeigeführt wurde, sondern durch den Brunnen, welchen man nicht einhegte.

Dasselbe gilt entsprechend von dem Erbauer eines Gebäudes bezüglich des durch den Einsturz desselben verursachten Schadens und in den übrigen analogen Fällen. Ob aber dieser Satz auch bei Beschädigungen, welche unmittelbar durch menschliche Thätigkeit herbeigeführt sind, zur Anwendung kommt, dafür geben uns die Quellen noch weniger Anhalt. Wenn der Wend.-Rugian. Landgebr. Art. 248 al. 5 bestimmt, dass der Barbier, der beim Rasieren jemanden schneidet, dies zu „verbessern" habe, und hinzufügt: „he „kondet up des andern (des Barbierten) sitten odder ei[illegible]

Digitized by Google

„eines Dritten) stöten nicht witen (Schuld geben)", also das gerade Gegenteil des Art. 146 der CCC. festsetzt, so ist damit eher eine Verneinung jenes Satzes ausgesprochen. Aber wollen wir auch in dieser Bestimmung eine Singularität sehen, der schon um ihres jüngeren Ursprungs willen nicht allzu grosse Autorität einzuräumen sei — obwohl sie sicherlich Deutsches Recht enthält —, so fehlt uns doch ebenso jedes Zeugnis für die Adoptierung des genannten Grundsatzes seitens der anderen Quellen gänzlich. Ob diese z. B. den wegen Tötung durch Schiessen etc. Beklagten von der Wergeldszahlung befreien, wenn beim Abschiessen ein Dritter ihm den Bogen in eine andere Richtung brachte, vielleicht nur culpos, und nun den letzteren als auctor des Todes ansehen; ob die Verbindlichkeit ebenso fortfällt, wenn den geworfenen Stein ein plötzlicher Wirbelwind einem Menschen auf den Kopf schleudert, in einer ganz anderen Richtung, als der ihm von dem Schleuderer gegebenen — das mit voller Sicherheit und allgemein zu entscheiden, fehlt uns das Material. Doch spricht wohl das oben unter 1 gesagte für die Bejahung dieser Frage, sowie überhaupt die Thatsache, dass den Quellen eine Unterscheidung solcher Fälle innerhalb des Zufalls, welche wir heutzutage als „höhere Gewalt" bezeichnen, wenigstens nicht ganz fremd ist. Eine Andeutung solcher Unterscheidung findet sich in den Bordesholm. und Neumünst. Gebr. Art. 18 für das Vertragsrecht; der Entleiher haftet für den entliehenen Gegenstand, „lässt ers umkommen . . . dass ers wohl lebendig oder unverdorben hätte behalten mögen, ohngeachtet seines hiebey angewandten Fleisses"; er haftet nicht, wenn die Sache durch „Gottes Wetter oder andre Zufälle die durch menschliche Vorsichtigkeit nicht können verhütet werden", unterging. Es erinnert das an den „casus, cui infirmitas humana resistere non potest", doch ist die Stelle wahrscheinlich vom Römischen Recht beeinflusst.

Jedenfalls sind unsere Quellen zur Feststellung eines **Begriffes**, welcher der vis major entspräche, nicht gelangt und wir können nur soviel sagen. Indem das sächsische Recht im allgemeinen auch für zufälligen Schaden zum Ersatze verpflichtet, in einigen Fällen desselben aber die Ersatzpflicht verneint, erkennt es innerhalb des Zufalls Fälle an, wo ein in die Kette der Folgethatsachen einer Handlung von aussen her eintretendes Ereignis die Richtung, in welcher die Handlung an sich auf die Aussenwelt wirken würde, verändert, dadurch die schädliche Wendung derselben herbeiführt und, indem es den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Schaden und der Handlung durchbricht, sich selbst als causa einschaltet. Wie das Ereignis beschaffen sein muss, um diese Wirkung zu üben,

Digitized by Google

das lässt sich begrifflich nicht feststellen, nur kann man sagen, dass es in der Regel ein Naturereignis, die Wirkung einer dem menschlichen Vermögen nicht unterworfenen Naturkraft, einer vis divina sein muss, ein Zufall, „den Niemand bewahren mag als Gott“ (wenn wir diesen Ausdruck des Kl. Kaiserrechts II. c. 54 in einem engeren Sinne nehmen, als er dort gebraucht ist). Natürlich kann als den Kausalzusammenhang unterbrechend auch die Handlung eines Dritten eintreten. Quaestio facti ist es, wann das Naturereignis oder die fremde Handlung die bezeichnete Wirkung üben.

3. Schon oben wurde auf den Hauptirrtum in der Darstellung Johns hingewiesen, das falsche Hineintragen strafrechtlicher Grundsätze in die privatrechtliche Lehre von der Entschädigungspflicht.

Die von ihm entwickelte Anschauung muss in dem hier vertretenen Standpunkte die Rückkehr zu jener falschen Ansicht sehen, nach welcher das Deutsche Strafrecht nur den äusseren Erfolg einer That berücksichtigt, die innere Seite, die Schuld, aber ausser Acht gelassen habe, mit deren Widerlegung sich John erfolgreich beschäftigt hat. Die bisherige Behandlung des Gegenstandes wird freilich zur Genüge gezeigt haben, wie weit entfernt von einer solchen Anschauung die von uns verteidigte Auffassung ist, und wie gerade unsere Darstellung die in den Quellen hervortretende Unterscheidung zwischen Absicht, Fahrlässigkeit und Zufall im vollsten Masse zur Geltung zu bringen bemüht ist. Mussten wir andererseits auf Grund der Quellen verneinen, dass ihnen die Schuld, also das Willensmoment als wesentlich für die Statuierung der Entschädigungspflicht gelte, so ist jedenfalls nach dem heutigen Stande der Wissenschaft, namentlich nach Bindings Ausführungen, nicht mehr zweifelhaft, dass mit dieser Verneinung über die Grundlagen des Deutschen Strafrechts nichts ausgesagt ist. Ebensowenig erscheint ein solcher „objektiver“ Standpunkt bezüglich der Entschädigungspflicht heute noch von allgemeinen Grundsätzen aus absurd. Nicht nur ist derselbe von rechtsphilosophischen Gesichtspunkten aus bereits früher verteidigt (siehe Hepp, die Zurechnung pp. § 33) und auch sonst in der juristischen Literatur als angemessen vertreten worden (so Hepp a. a. O. S. 167 ff.), auch in neueren Legislationen ist er wenigstens teilweise adoptiert und in der neuesten Zeit hat Binding (Normen I. § 28 ff.) gezeigt, dass die Schadensersatzverbindlichkeit ihren Rechtsgrund lediglich in der äusseren Thatsache der Beschädigung hat und sich dadurch principiell von der im schuldhaften Willen als solchem begründeten Strafe unterscheidet.

Was indessen für unsere Zwecke das wichtigste ist, das von

Digitized by Google

uns gefundene Princip entspricht auch durchaus der Entwickelungsstufe, auf der sich das Deutsche Recht während der hier behandelten Periode befindet. Bewusste Abstraktion liegt ihm noch fern, zum grossen Teil liegt die Rechtsbildung, wenigstens die Weiterbildung des in den Rechtsbüchern aufgezeichneten Rechts, in den Händen der aus dem Volke hervorgegangenen, ungelehrten Schöffen, welche das Recht aus ihrem Rechtsbewusstsein heraus finden. Deshalb fehlt eine feinere Zurechnungstheorie, sind die Begriffe von Schuld und Zufall wohl thatsächlich vorhanden, aber nicht festgestellt; dem entspricht das Beweissystem, welches die Frage, ob Schuld oder Zufall vorliegt, in das Gewissen des Beklagten stellt und damit die genaue Begriffsfestsetzung fast überflüssig macht, da Rechtsquelle wesentlich das Volksbewusstsein ist, dieses mit dem Rechte sich in Uebereinstimmung befindet.

Demgemäss wirkt die einer früheren Periode eigene sinnliche, naive Vorstellung der Dinge, welche mehr auf die äussere Erscheinung sieht, wirkt „der zufahrende Affekt des Beschädigten oder Verletzten“, welcher sich an den hält, der äusserlich ihm als Beschädiger oder Verletzer entgegentritt, ohne zu unterscheiden, ob die Beschädigung schuldhaft oder nicht zugefügt war, wirkt endlich die hohe Empfindlichkeit des Deutschen für jede Beeinträchtigung seiner Rechtssphäre [1]), welcher der Satz der alten angelsächsischen und dänischen Rechtsquellen entspringt: „dass willig gelten sollte, wer unwillig Schaden gethan“, „indem es ja gleiche Folge für den Beschädigten habe, ob ihm der Schade mit Absicht oder absichtslos zugefügt worden“ [2]) — wirken diese Momente fort. Es ist wohl mehr als Zufall, beruht vielmehr auf der Einheitlichkeit germanischer Rechtsanschauung, wenn die Glosse z. Ssp. so häufig in merkwürdiger Uebereinstimmung die Ersatz-

---

[1]) Dieser Empfindlichkeit gegen jede Verletzung entspricht auf der anderen Seite das Anstandsgefühl, welches dem Beschädiger gebietet, den von ihm, wenn auch ohne seine Schuld, herbeigeführten Vermögensnachteil auszugleichen (Schmidt, Die Grundsätze über den Schadensersatz u. s. w. S. 19 fg. 32). Wenn der genannte Verfasser a. a. O. in diesem „Anstandsgefühl“ der Deutschen den einzigen Erklärungsgrund für die Ausdehnung der Ersatzpflicht in unseren Quellen sieht, so geht er m. E. doch zu weit. Es ist schon oben darauf aufmerksam gemacht und im Laufe der Darstellung werden wir darauf zurückzukommen haben, dass eine so ausgedehnte Ersatzpflicht dem nicht reflectierenden Menschen gerade als das nächstliegende und selbstverständliche erscheinen muss, da ihm der feinere Begriff der Zurechnung fehlt. Die Bedeutung dieses Moments ist doch nicht zu unterschätzen.

[2]) Wilda, S. 553; vgl. S. 149 ff. Trendelenburg, Naturrecht § 112. Anm.

Digitized by Google

pflicht mit demselben Gedanken, wie diese dänische Quelle motiviert, so zu II. 47. § 2:

> wen den schaden hat io ienre, is sy disme leit odir lip und blibit glich gros —, zu III. 48: diz ist dorumme, der ein vy lemet oder totet her tu es gerne oder ungerne es schadit doch sinem (scil. herren) gliche, dorumme bessir her den schaden gliches.

Diese Wirkung zeigt sich namentlich in der Behandlung des Tierschadens, der Pfändung schadenden Viehes, der Haftung der Kinder und Wahnsinnigen. Entsprechend erscheint die Pflicht, einen angerichteten Schaden zu ersetzen, derart selbstverständlich, dass sie nur allgemein als Folge der absichtslosen Beschädigungen im Anschlusse an die Verneinung strafrechtlicher Folgen der letzteren aufgestellt zu werden braucht, erst in späteren Quellen mit reicherem kasuistischen Material ausdrücklich auch für den Fall des casus bestimmt wird, wohl im bewussten Gegensatze gegen schon eindringende römische Grundsätze.

Haben wir also als Princip aufgestellt, dass die Haftung für einen Schaden durch den Kausalzusammenhang zwischen einer Handlung oder Unterlassung und dem Schaden bestimmt werde, so haben wir dadurch nur dem zu Grunde liegenden Gedanken unseres Rechtes Ausdruck gegeben.

Zweiter Abschnitt.

Die Schadensersatzverbindlichkeit in ihrer speciellen Gestaltung.

§ 12.

1. Absichtliche Beschädigungen.

1. Dass für jede absichtliche Beschädigung Ersatz zu leisten, ist ein so selbstverständlicher Satz, dass seine Geltung nicht erst nachgewiesen zu werden braucht. Die Rechtsfolge der absichtlichen Beschädigung ist neben dem Ersatze, dessen Umfang durch die Absichtlichkeit nicht modifiziert wird, die Busszahlung an den Verletzten. Die Busse ist eben, weil sie neben dem Ersatze zu zahlen ist, eine Privatstrafe. Sie charakterisiert sich als solche auch dadurch, dass sie bei blos fahrlässiger Beschädigung durchgängig nicht gezahlt wird.

2. Ihrem Strafcharakter gemäss wird die Busse gezahlt ohne Unterschied, ob die Beschädigung eine bedeutende oder eine un-

Digitized by Google

bedeutende ist. So hat Busse neben dem Ersatze zu leisten, wer fremden, schon bestellten Acker noch einmal[1]) pflügt (Ssp. II. 46. § 4; Berl. Stdtb. S. 103; Rb. n. D. II. 10. d. 2; Eisen. Rb. III. 71 etc.), wer über fremde Saat fährt, reitet oder Vieh treibt[2]), wer fremde Bäume abhaut, fremdes Gras abschneidet, Grenzzeichen vernichtet oder entfernt.[3]) Dabei wird bei geringen Feld- und Forstfreveln eine verminderte Busse bezahlt.[4]) Auch ist bei allen solchen Vergehen die Personalpfändung gestattet und der Gepfändete hat ein Pfandgeld zu zahlen, welches ebenfalls den Charakter einer Privatstrafe hat.[5])

Die Busszahlung wird scheinbar von einem äusseren Umstande abhängig gemacht, nämlich von der Art des Schadens, in Ssp. III. 48. § 12. — Vgl. Rb. n. Dist. IV. 33b. 1; Purg. IV. 62; Billwärder Recht Art. 61; Berlin. Stdtb. S. 112; Magd. Blume I. 141. 142. —

Warum hier für blosse Lähmung des Tieres allgemein keine Busse gezahlt werden soll und welchen Einfluss der Umstand: „dat man't eten mut" und das Gegenteil auf die Busszahlung haben können, ist unerfindlich. Mit Recht nennt John die Stelle undeutlich (a. a. O. S. 20), man muss sie wohl für korrumpiert, mindestens die einzelnen Sätze für umgestellt halten. So wie sie dasteht, lässt sich das Auffallende derselben kaum beseitigen, und auch John's Erklärung befriedigt nicht. Die einzige Möglichkeit zu einer annähernd befriedigenden Deutung zu gelangen, bietet die Lesart mancher Handschriften, welche auch das Berliner Stadtbuch übernommen hat, sowie die Blume des Magdeb. Rechts: „dat man eten mut", so dass zu übersetzen wäre: § 1. Wer ein Tier, welches essbar ist, sich zur Nahrung eignet, tötet, bezahlt dessen Wert; wenn er es lähmt, den halben Wert.

---

[1]) Ohne Grund übersetzt Maurenbrecher a. a. O. S. 19 „anderwerwe" in Ssp. II. 46. § 4: „post litem contestatam", vgl. Homeyer Glossar.

[2]) Ssp. II. 27. § 4; 47. § 1. u. a. m.

[3]) Ssp. II. 28; Magdeb. Weist. v. 1338 (bei Laband Magdeb. Rechtsquellen S. 139 ff.) c. 6 etc.

[4]) Z. B. Ssp. II. 28. § 1. vgl. mit § 2.

[5]) Ssp. II. 27. § 4; 28. § 2 u. a. — Wie Nägeli (das Germanische Selbstpfändungsrecht pp. S. 39) behaupten kann, dass die Stelle der Gosl. Stat. S. 37 Z. 3 ff. (Rechtsb. n. Dist. IV. 9. 12) zeige, dass die Privatpfändung in der Regel nur bei geringen Verletzungen erfolgte, ist mir unerfindlich. Ebenso unrichtig ist desselben Behauptung (a. a. O.), das nach Ssp. II. 27. § 4 zu zahlende Pfandgeld sei Schadensersatz; es wird ja ausdrücklich hinzugefügt: „unde scolen den scaden gelden, of dar sat uppe stat;" also jene Summe ist auch dann zu zahlen, wenn kein Schaden an der Saat angerichtet werden konnte. Vgl. auch Göschen Gosl. Stat. S. 448.

Digitized by Google

§ 2. Ein Tier, das nicht zur Nahrung dient, ist voll zu ersetzen, auch wenn nur ein Fuss desselben gelähmt ist. Eine Lähmung eines Auges hat Zahlung der Hälfte des Wertes zur Folge.

Der Gedanke wäre dann der: Ein Tier, dessen Fleisch nicht als Nahrungsmittel verwertet werden kann, das also nur als Zug- oder Lasttier für den Eigentümer Wert hat, oder auch, wie z. B. ein Hund, zur Bewachung der Herde oder zur Jagd verwendet wird, wird durch eine schwere Verletzung des Fusses nicht nur in seinem Werte vermindert, es verliert überhaupt allen Wert, daher ist in diesem Falle auch der volle Wert desselben zu ersetzen, während eine Verletzung des Auges, wie bei einem essbaren Tiere jede Verletzung, nur den Wert vermindert. Dies würde der hauptsächliche Sinn der Stelle sein. Die Inkorrektheiten der Bestimmungen über die Busszahlung bei einer Lähmung lassen sich nur aus einer Textverderbnis erklären. Ich gebe die obige Interpretation mit einiger Reserve; indessen scheint sie mir noch den annehmbarsten Sinn zu geben; eine völlig befriedigende Erklärung scheitert m. E. an der Textesgestaltung.

3. Wo durch eine an sich strafbare Handlung ein Schaden angerichtet ist, da muss derselbe auch ersetzt werden. Dies wird freilich in den Quellen kaum hervorgehoben, es ist aber selbstverständlich. Ein arg. e. contr. dafür bietet Ssp. I. 6. § 2 (Gosl. Stat. 6, 36; 7, 5); indem hier die Haftung des Erben für den durch Diebstahl oder Raub angethanen Schaden verneint wird, wird sie bezüglich des Erblassers, also des Delinquenten, bestätigt.

Der Ersatz muss auch neben der Strafe gezahlt werden; peinliche Strafe schliesst wohl Busse und Wette aus (Ssp. III. 50), aber nicht die Ersatzleistung. Dies folgt schon einfach daraus, dass der Verletzte ja die Wahl hat, ob er z. B. erst auf Herausgabe seiner Habe, bezw. Ersatz für die vom Beklagten nicht mehr besessene oder deteriorierte, klagen und dann erst ev. die peinliche Beschuldigung wegen Diebstahls oder Raubes gegen den Beklagten vorbringen will, oder umgekehrt[1]); mit der ersteren Klage (condictio furtiva) erlangt er den Ersatz, die Strafe muss der Beklagte trotzdem leiden. Aber auch wenn er sofort die Beschuldigung gegen den Beklagten erhoben, erlangt er Ersatz; Rb. n. D. IV. 9. 13: „Hat her yn aber beclait, so mus er sine clag vol vordern und nymt doch sine hab wider“, natürlich auch den Wert, falls die Sache nicht mehr vorhanden. Denn nach Ssp. III. 47. § 1 hat überhaupt der, welcher einem anderen seine Sache mit Gewalt oder heimlich

[1]) Vgl. Planck a. a. O. I. S. 826. 827 ff.

Digitized by Google

entwendet[1]) hat, ihm den Wert zu ersetzen, wenn er sie nicht in natura herausgeben kann, und für jede Verschlechterung Entschädigung zu leisten. Das letztere folgt per analogiam aus Ssp. III. 5. § 4; 22. § 1.

Nur bei der strafbaren Tötung und Körperverletzung wird nicht neben der Strafe Wergeld gezahlt. Der Grund hierfür, welcher in der eigentümlichen Natur des Wergeldes liegt, wird weiter unten besprochen werden.

§ 13.

II. Ersatz für nicht körperlichen Schaden.

1. Die Beispiele, an welchen oben die Grundsätze über den Schadensersatz entwickelt wurden, gehörten, den Quellen entsprechend, ausschliesslich dem Gebiete des sogen. damnum corpori datum an. Das Recht beschränkt aber die Entschädigungspflicht nicht auf diese Fälle. Es erkennt dieselbe vielmehr auch da an, wo die Beschädigung nicht direkt oder indirekt die Folge einer Einwirkung auf eine Person oder eine res corporalis ist.

a) So hat derjenige Laie, welcher einen anderen Laien vor geistlichem Gerichte, oder der Eingesessene eines Dorfes bezw. einer Gografschaft, welcher den Genossen im städtischen oder in einem auswärtigen Gerichte verklagt, dem Beklagten den Schaden zu ersetzen, welcher ihm in Folge der Verhandlung vor dem unzuständigen Gerichte erwächst. Näher wird dieser Schaden nicht specialisiert, aber der Thatbestand, welcher den Anspruch erzeugt, und die Worte der Gosl. Stat. deuten es hinreichend an; hier heisst es: „wat he ime mit gheistlikem rechte beswaret dat sal he weder don". Es ist also zunächst an den Schaden zu denken, welchen der Beklagte durch die Beurteilung seiner Rechtsverhältnisse nach dem Rechte, dem er nicht unterworfen ist, erleidet, dann aber auch allgemein an alle Nachteile, welche der Prozess vor dem unzuständigen Gerichte ihm bringt, wie grössere Unkosten etc. — Dies gilt mit der Ausnahme, dass der Ersatz im Falle der Rechtsverweigerung vor dem zuständigen Gericht fortfällt, denn in diesem Falle hat der Kläger nach Ssp. III. 87 § 4 das Recht, zu klagen „ieiewar svar man rechtes bekomen mach over ine". — Die bezüglichen

[1]) Cropp (in Hudtwalkers kriminalist. Beitr. Bd. II. S. 277), Stobbe (de lege Romana Utinensi S. 56) und Bethmann-Hollweg (Civilprocess Bd. IV. S. 50) verstehen die Stelle vom Diebstahl, Planck (Gerichtsverfahren I. S. 734) von verbotener Eigenmacht. Jedenfalls muss, was schon bei dieser gilt, um so mehr beim eigentlichen Diebstahl bezw. Raub gelten; cf. auch Göschen a. a. O. S. 352 N. 2.

Digitized by Google

Stellen sind: Ssp. III. 87 § 1. 2; Weichbild Art. 28. § 1. 3; Magd. Fr. I. 1. d. 23; Gosl. Stat. 69, 25; Glogauer Rb. c. 396; Hamb. R. 1270. IX. 15 (1292. M. 12. 1497. B. 16); Syst. Schöff.-R. III. 2. c. 31.

b. Nach Gosl. Stat. 96, 32 haben die Zeugen, welche trotz des richterlichen Gebotes sich des Zeugnisses für eine Partei weigern, dieser den Schaden zu ersetzen, welche sie durch die Beweisfälligkeit, überhaupt durch den Mangel dieses Zeugnisses erleidet. Von dieser Verpflichtung befreit sie nur der Eid, dass ihnen von dem thema probandum nichts bekannt sei, dass sie also darüber nicht Zeugnis ablegen können.

Ebenso hat der vorgeladene Schöffe, welcher im echten Dinge nicht erscheint, und zwar „von mutwillen, mit vrevel“, also ohne rechtmässigen Grund und nicht bloss aus Irrtum, nach den Magd. Fragen I. 3. d. 9 derjenigen Partei, welche er dadurch in Schaden gebracht hat, diesen zu ersetzen. Dass die Absicht, die Partei zu schädigen, auf Seiten des Schöffen erfordert würde, glaube ich nicht; die Worte: „lisse her abir ymand das czu schaden“ erlauben, wenigstens sprachlich, die Uebersetzung: „so dass jemand Schaden davon hat.“

c) Hierher gehört auch wohl die Bestimmung der Gosl. Stat. 90, 36—91, 8, wonach der, welcher, einem obrigkeitlichen Gebote zuwider, vorzeitig entlaufenes Gesinde in seine Dienste nimmt, und zwar der früheren Herrschaft „toweddere“, dieser subsidiär für den vom Dienstboten zu leistenden Lohn-Ersatz haftet.

2. Es ist bemerkenswert, dass diese Fälle sämmtlich solche sind, in denen der Schaden in Folge einer vorsätzlichen Zuwiderhandlung gegen ein obrigkeitliches oder gerichtliches Gebot, bezw. durch ein bewusst widerrechtliches Handeln entsteht. Gleichwohl sind wir nicht berechtigt zu behaupten, dass Ersatz für anderen als körperlichen Schaden nicht nur in weiterer Ausdehnung nicht anerkannt, vielmehr principiell verneint sei. Die Quellen wollen keine allgemeinen Principien aufstellen, sondern sie behandeln nur die Fälle, zu deren Entscheidung ein Bedürfnis vorliegt.

§ 14.

III. Ersatz bei Unterlassungen.

Wir sahen bereits oben, dass in zahlreichen Fällen für denjenigen Schaden Ersatz zu leisten ist, welcher infolge einer Unterlassung herbeigeführt ist, und zwar durch das Unterlassen einer zur Verhütung von Schaden nötigen Vorsichtsmassregel. Diese musste entweder durch eine allgemeine, hauptsächlich Polizei-Vor-

Digitized by Google

schrift, oder durch ein spezielles richterliches bezw. obrigkeitliches Gebot, oder auch nur durch die Mahnung einer an der Verhütung des Schadens in erster Linie interessierten Privatperson geboten sein. Die Unterlassung releviert also nur, wenn sie eine schuldhafte war.

Eine schuldhafte ist sie aber nicht nur, wenn sie in der Nichtbeachtung eines ausdrücklichen Rechtsgebotes besteht, sondern, wie das letztgenannte Beispiel zeigt, überhaupt dann, wenn sie Verabsäumung der allgemein geforderten Sorgfalt, die unterlassene Handlung zur Beobachtung dieser Sorgfalt unerlässlich ist. Denn das Gebot der Privatperson hat darum dieselbe Wirkung wie das richterliche oder allgemeine, weil es dem Gemahnten bekannt macht, dass eine Thätigkeit seinerseits erforderlich sei. Hieraus folgt, dass die Unterlassung releviert, nicht bloss wenn sie in der Verabsäumung einer bestimmten vorgeschriebenen Massregel besteht, sondern auch dann, wenn ein irgend welches Thun, welches die Pflicht der Sorgfalt gebot, unterblieb. So haben wir z. B. die Vorschrift des Ssp. II. 38, dass jeder seinen Brunnen „bewerken" soll, extensiv zu interpretieren, dahin, dass bei jeder anderen Unterlassung, welche die Anlage zu einer „schädlichen", warlos angelegten macht, die Entschädigungspflicht eintritt.

Es fragt sich nun aber, ob das Deutsche Recht über den genannten Satz hinausgegangen ist, wie es z. B. Stobbe (D. Priv.-R. III. § 200) anzunehmen scheint. Ich finde nur ein Quellenzeugnis, welches für eine solche Erweiterung sprechen könnte: Der Wend.-Rugian.-Ldgebr. tit. 92 bestimmt, dass derjenige, welcher ein Tier in „Farlichkeit" findet und ihm nicht hilft, es ersetzen muss, wenn es verletzt wird. Diese Bestimmung kann indessen, da sie in keiner der anderen Quellen eine Unterstützung findet, nur als eine Eigentümlichkeit des auch sonst mannigfache Besonderheiten zeigenden Rugianischen Landgebrauchs angesehen werden; vielleicht führt sie sich auf eine Adoptierung mosaischer Rechtssätze zurück. Vergl. 5. Mose c. 22. v. 1, 3, 4.[1])

§ 15.

IV. Die Widerrechtlichkeit der Beschädigung.

Die Verpflichtung, für eine angerichtete Beschädigung Ersatz zu leisten, findet nur statt, wenn die Beschädigung eine solche war,

---

[1]) Das hier gesagte widerspricht nicht dem oben im § 10 ausgeführten. Die Unterlassung macht ersatzpflichtig, wenn und weil sie kausal ist für den Schaden, aber sie gilt nur als Unterlassung dessen, bei dem sie eine schuldhafte ist, der zum Handeln verpflichtet war; d. h. aus der Reihe der Personen, welche die bestimmte Handlung unterlassen haben, ist die nur für das Recht

Digitized by Google

auf deren Vornahme der Beschädiger kein Recht hatte. Sehen wir von dem Falle der Notwehr gegen Menschen ab, welcher unten besonders zu betrachten sein wird (siehe § 26), so dürfen wir diesen Satz wohl als den der Quellen aufstellen, die objektive Rechtswidrigkeit der Beschädigung ist auch ihnen die Bedingung der Ersatzverbindlichkeit.

Es ergiebt sich dies aus der Anerkennung der Negative, dass, wer ein Recht zur Beschädigung hat, keinen Ersatz zu leisten hat.

1. Dies tritt namentlich hervor in der Anerkennung der „Notwehr" gegen Tiere, überhaupt in dem Einflusse der erlaubten Selbsthülfe. Die Selbsthülfe ist, der Periode der Rechtsentwickelung, der unsere Quellen angehören, entsprechend, in weitem Umfange anerkannt und namentlich ist es das Gebiet des Feldschadens, auf dem sie ihre Anwendung findet. Sie berechtigt zur Abwehr des Schadens, nötigenfalls mit Gewalt. Die Gewalt darf im äussersten Falle bis zur Verletzung und Tötung des schadenden Tieres gehen; wer dies sein Recht in der vorgeschriebenen Weise ausübt, hat keinen Ersatz für das getötete oder verletzte Tier zu leisten.

So ist kein Ersatz zu zahlen, wenn jemand Vieh, welches er nicht pfänden kann, in seinem Korne trifft, es von seinen Hunden verjagen lässt und diese dabei ein Tier töten oder verwunden (Ssp. II. 40 § 5; Glog. Rb. c. 431; Purgoldt IV. 9, nach dieser Stelle kann man die Tiere auch mit Steinen werfen, dagegen darf man sie nicht mit Messern und ähnlichen Instrumenten werfen oder stechen, noch sie totschlagen). Ebenso leistet keinen Ersatz, wer den Gegner wegen seiner Rechtsverweigerung vor unzuständigem Gericht verklagen musste, da dies berechtigt ist; Ssp. III. 87 § 1. 4.

Ein spezieller Fall der erlaubten Selbsthülfe ist die Verteidigung des eigenen Leibes oder Gutes gegen einen Angriff. Dass die Quellen diese Selbstverteidigung, auch wenn sie sich gegen den Angriff eines Tieres richtet, Notwehr nennen, entspricht ihrer auch das Tier gleichsam personifizierenden Anschauung, man würde nach unseren Begriffen den Fall wohl zwischen das Gebiet der Notwehr und des Notstandes verlegen.

Die Quellen geben jedenfalls dem von einem Tiere Angegriffenen ein Recht zur Abwehr.

Näher gilt darüber folgendes:

---

erheblich, welche handeln sollte. Dass die Quellen die Unterlassung einem Rechtsgebote zuwider immer als Schuld ansehen, dass darin aber in concreto nicht notwendig allemal eine Verschuldung zu liegen braucht, wurde schon oben bemerkt.

Digitized by Google

— Stellen: Ssp. II. 62 § 2; III. 48. § 4; Gosl. Stat. 43, 31—89, 3; Rechtsb. n. Dist. II. 9. d. 3; IV. 33b. d. 1; Eisen. Rb. III. 67. 68. 113; Purgoldt IV. 60. 61a. 64. 81; Blume d. Magd. Rechts I. 140; Gerichtsl. z. Eisen. a. 64. —

a) Es wird ein gegenwärtiger Angriff erfordert:
dar he ine biten wel oder dat he sin ve bit Ssp. III. 48. § 4;
binnen des it ime scaden wil Ssp. II. 62. § 2.

b) Der Angriff muss gegen eine Person oder eine ihr gehörige Sache, hauptsächlich ein ihr gehöriges Tier, gerichtet sein; Ssp. III. 48, 4; Magd. Bl. I. 140; Eisen. Gerichtsl. a. 64; Purg. IV. 60, 61.

c. Die Verletzung muss zur Abwehr des Angriffs erforderlich sein, es wird verlangt, „dass das Mass der Verletzung durch die Umstände geboten gewesen“ (Planck a. a. O. I. S. 800 N. 3), dass die Unmöglichkeit vorgelegen habe, das Tier auf andere Weise vom Schaden abzuhalten. Deshalb hat der Angegriffene zu beweisen, „dat he ime anders nicht gesturen ne kunde“ (Ssp. III. 48, 4), „dat he't notweringe dede“ (Ssp. II. 62. 2), „dat it ime not dede“ (Gosl. 43, 31), „das der were ober sinem schaden nodt sye gewest“ u. s. w.

Als Beweis dafür, dass die Verletzung in Abwehr des Angriffs beigebracht sei, sieht Purg. IV. 60. 81 an, wenn die Wunden des Tieres vorn sind und der Angegriffene selbst wenigstens an seiner Kleidung beschädigt ist. Ist das Gegenteil der Fall, so hat der Verletzende sich durch seinen Eid zu reinigen.

d) Geschah die Verletzung in notwendiger Abwehr, so ist der Verletzende nicht zum Ersatze verpflichtet. Ssp. II. 62; III. 48; Magd. Bl. I. 140; Gosl. Stat. 43, 31; Rb. n. D. II. 9. 3; Eis. Rb. III. 67; Purg. IV. 60. 61 Abs. 1. 64. Abs. 1. 81.

Dagegen stellt eine Richtung innerhalb der Quellen, die vom Eisenacher Recht vertreten ist, trotz bewiesener Notwehr noch die Entschädigungspflicht auf: Eisen. Rechtstb. III. 68. 113; Gerichtsleufft zu Eisenach Art. 64; Purg. IV. 61. Abs. 2. Die Stellen stimmen (bis auf Eis. III. 113) fast wörtlich überein, sie behandeln den Fall der Abwehr eines Hundes von einem Tiere und zwar „an einer freien strasse“; Eis. Rb. III. 113 spricht von der Notwehr zur eigenen Rettung. Die hier zum Ausdruck kommende Anschauung steht ganz vereinzelt da.

2. Einen Fall eines quasi-Notstandes erwähnen die Quellen häufig, der aber doch unter wesentlich anderen und allgemeineren Gesichtspunkten als den dem Notstande zu Grunde liegenden steht. Es ist dies die Anerkennung eines Rechtes gewisser Personen, in bestimmten Fällen fremdes Vermögen zu beschädigen, ohne ersatzpflichtig dafür zu werden, jene dem Deutschen Rechte durchaus

Digitized by Google

eigentümliche Erscheinung einer humanen, von der Strenge des Rechts absehenden Fürsorge für gewisse Personenklassen oder Verhältnisse, welche einer solchen besonders benötigt erscheinen.

So dürfen Schwangere, ganz Arme und Kinder Früchte von fremden Bäumen oder vom Felde, soweit sie dicht am Wege sich befinden, abpflücken, ohne dafür Ersatz leisten zu müssen (Wend.-Rug. Ldgbr. tit. 158). Vergl. auch Grimm, R. A. S. 408. 445 f.

Ebenso darf der Reisende, welchem sein Pferd zu erliegen droht, von dem am Wege stehenden Korne abschneiden und ihm geben. Dass er Ersatz dafür zu leisten habe, wird nicht gesagt (Ssp. II. 68; Eisen. Rb. III. 80. Satz 2; Purg. III. 19. Satz 2), es geht vielmehr aus den beiden letzten Stellen hervor, dass dies nicht der Fall ist, wenn er sich in den Grenzen seines Rechtes hielt.[1]) Denn dies Recht muss mit den Interessen der Feldbesitzer vermittelt werden, es darf nicht über seinen Zweck hinaus erweitert werden. Darum wendet sich die Rechtsordnung gegen jeden Missbrauch desselben, indem sie seine Ausübung nur in den Grenzen zulässt, die der Zweck der Befriedigung eines augenblicklichen notwendigen Bedürfnisses ihm setzt.

Deshalb dürfen die im Wend.-Rugian. Ldgbr. genannten Personen nicht vom Wege ab auf das Feld gehen oder das Abgepflückte mit sich nehmen. Auch dem Reisenden ist nur erlaubt, soviel Korn abzuschneiden, als er, noch mit einem Fusse im Wege stehend, erreichen kann, auch darf er das abgeschnittene Korn nicht mit sich fortnehmen, er soll eben nur die augenblickliche Notdurft befriedigen (Ssp. II. 68). Derselbe Gedanke liegt den Bestimmungen der anderen Stellen (Eis. III. 80; Purg. III. 19) zu Grunde — das Pferd soll im Wege stehen bleiben, wenigstens mit den Hinterfüssen, der Mann soll ihm nicht vorschneiden —. Ueberschreitet man die Grenzen seines Rechts, so hat man Entschädigung zu leisten. Dies findet natürlich auch dann immer statt, wenn kein Recht zur Beschädigung besteht, sondern nur Straflosigkeit der Beschädigung, wie bei gewissen Eingriffen in fremdes Eigentum, welche nicht als Diebstahl aufgefasst werden, z. B. Ssp. II. 39. § 2. Es fehlt hier das Motiv der Not.[2])

---

[1]) Ausdrücklich verneint den Ersatz Görl. Ldr. c. 41. § 2. — Unrichtig daher Wilda Zeitschr. f. D. R. Bd. I. S. 279. Note 249 i. f.

[2]) Vergl. noch im allg. Gierke Humor i. Deutsch. Recht (Festschr. f. Homeyer); Köstlin in der Krit. Ueberschau III. S. 359; Grimm Rechtsaltertümer S. 400; Osenbrüggen Alemann. Strafr. S. 350 gegen Hälschner Preuss. Strafr. I. S. 41.

Digitized by Google

§ 16.

V. Fortfall der Entschädigungspflicht.

Der Schadensersatz steht wesentlich unter der Herrschaft der Billigkeit. Eine Konsequenz hiervon ist es, dass die an sich begründete Ersatzpflicht fortfällt, wenn den Beschädigten selbst ein Verschulden trifft. Dies ist in verschiedenen Anwendungen anerkannt.

1. Der Beschädigte kann keinen Ersatz beanspruchen, wenn der ihm zugefügte Schaden durch seine eigene Vorsicht hätte vermieden werden können.

Allgemein spricht dies aus Magdeb. [illegible] II. 2. 46.

Schade der einem [illegible] [illegible] [illegible], darf e keinem schult geben.

ebenso Glosse z. Ssp. II. 46. [illegible]

[illegible]

Zahlreiche Anwendungen dieses Princips finden sich in den Quellen.

Ssp. II. 48. § 2. [illegible]

[illegible] geschiet der schade [illegible]

[illegible] schade.

Vergl. Bl. u. Dist. [illegible] Sachsenspiegel u. Neumarkt. R. Art. [illegible] Purgoldt II. [illegible]

Besonders wichtig ist die [illegible] des [illegible] u. Dist. [illegible]

[illegible] schade [illegible] geschiet [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible] Purg. [illegible]

Wer mit einem andern beschädigt wird, hat den Schaden zu tragen, wenn er ihn bei eigener Vorsicht hätte vermeiden können, ausgenommen, wenn der Schaden [illegible] zugefügt wurde, [illegible] des Beschädigten [illegible] Wille.

[illegible]

Chikane vorliegt. Dieser Grundsatz beruht so sehr in der Billigkeit, dass wir seine Geltung auch für die Quellen annehmen dürfen, welche ihn nicht ausdrücklich anerkennen; implicite ist er auch in ihnen enthalten. Denn unmöglich kann z. B. der Ssp. II. 49 dem Nachbar die Befugnis geben wollen, unter dem Vorwande, dass der andere culpos handle, ihn ungestraft zu beschädigen.

Ein weiterer Fall ist im Ssp. II. 48. § 2 erwähnt (vgl. Rb. n. Dist. II. 10. 3; Eisen. Rb. III. 72; Purgoldt II. 124):

> Let en man sin korn ute stan, als alle lüde ir korn inne hebbet, wert it ime getret oder gevret, man ne giltes ime nicht.

Diese Bestimmung erklärt sich aus der damals herrschenden Gemeinschaftlichkeit der Landwirtschaft, dem Flurzwange. Wenn jemand sein Korn noch stehen lässt, nachdem die Gemeinde ihre Ernte bereits beendet hat, so handelt er unvorsichtig, denn nach erfolgter Abräumung der Ernte wurde das Vieh auf den Stoppeln geweidet; er darf sich nicht beklagen, wenn die Herden, die jetzt wieder frei weiden, nachdem die Zäune weggenommen, ihm sein Korn abfressen oder zertreten. Das Vieh hat gewissermassen ein Recht auf die freie Weide auch auf dem Lande des Betreffenden, sobald die Gemeinde als solche ihre Ernte beendet hat.

2. Zur Strafe für unrechtmässige Selbsthülfe fällt der Ersatzanspruch ebenfalls fort. Nach Wend.-Rug. Ldgebr. tit. 177. al. 12 hat derjenige, welcher das von ihm „auf seinem Schaden“ betroffene fremde Vieh totschlägt, überhaupt in Ueberschreitung der Grenzen erlaubter Selbsthülfe schlägt und verletzt, nicht nur dasselbe zu ersetzen, sondern er verwirkt auch „der Gewalt halven“ den Anspruch auf Ersatz für den Schaden, welchen ihm das Vieh zugefügt hat.

3. Hier mögen noch einige andere Fälle ihren Platz finden.

a) Wenn das Lüb. R. II. 255 a. E. den Eigentümer eines Pferdes nicht für den Schaden verantwortlich macht, den dasselbe auf dem Pferdemarkte anrichtet, so geschieht dies wohl nicht so sehr mit Rücksicht auf ein präsumiertes Verschulden des Beschädigten, als aus billiger Rücksichtnahme auf die besonderen Verhältnisse, welche eine wirksame Aufsicht über die Tiere sehr erschweren; deshalb haftet der, in dessen Hut dieselben sind, nicht. Ueber die Haftung des Herrn ist, wie die voraufgehenden Worte zeigen, nichts bestimmt.

b) Beschädigung im Turnier, Zweikampf.

> Gosl. Stat. 41, 32—36. Wanne torney oder forest oder behort uppe dem markede oder anderes wur up dem velde is, dar men bi bunghet, welk kipere to vute oder to perde

Digitized by Google

dar neder wert ghereden unde ime we ghedan wert, dar ne geyt nen gherichte over, of de dat deyt sich des untsculdighe dat it unvreveliken ane sinen dangk ghescüde. — Vergl. Magd. Bl. I. 118; Dithmars. Ldr. § 229. 230; Nordh. Weist. B. § 23; auch Gosl. Stat. 41, 37 ff.

John hat diese Stelle u. E. missverstanden, und die Eigentümlichkeit des Falles durchaus verkannt, vgl. a. a. O. S. 7. 35.

Zunächst ist zu beachten, dass nach den folgenden Worten der Gosl. Stat. für Verletzungen (Niederreiten) eines Menschen vor oder nach dem Turnier seitens eines daran Beteiligten wie gewöhnlich Ersatz zu leisten ist. Eine fernere wichtige Ergänzung giebt die Bestimmung des Dithmars. Landr. l. c., dass bei einem unter beiderseitiger Einwilligung veranstalteten Zweikampfe selbst für die Tötung des Gegners nur dann zu bessern ist, wenn der Tötende ihn ins Gesicht stach.

Endlich giebt weitere Aufklärung das cit. Nordhäuser Weistum: Ein Mann klagt gegen den andern auf Ersatz eines Pferdes, welches dieser ihm bei einem Turnier mit dem Speere erstochen habe. Die Schöffen entscheiden: da das Turnier „neyn Recht, sundern eyne frewilkore“ sei, so komme es auf die Verabredung der Parteien an (ob sie sich darüber „tovoren vorwilkort“ haben); sei eine solche nicht vorhergegangen (hedden se under sek darvan tovoren sundirlikes nicht bescheden), so habe der Beklagte keinen Ersatz für den beim Turniere dem Kläger zugefügten Schaden zu leisten, es sei denn, dass ihm „sunderlike vorsate“ bezüglich des Schadens zur Last falle, deren Abwesenheit er beschwören müsse. — Aehnlich führt in Magd. Bl. I. 118 der Beklagte an, dass sich der getötete Gegner des Ringkampfes „von freyer wilkur undirwant, do ich (Beklagter) mein leib und mein gelt alzo vaste wagen muste alz er den seinen.“

Schon der Umstand, dass der Beklagte, aller sonstigen Analogie zuwider, vom Ersatze frei wird, wenn er nur Abwesenheit des dolus beschwört, zeigt, dass der Fall kein gewöhnlicher ist. Die beiden Stellen der Gosl. Stat. ergeben ferner das besondere, dass hier nur die Verbindlichkeit gegenüber dem Gegner im Kampfspiel erörtert wird und dass diese unter anderen Regeln als den allgemeinen steht. Das Gewicht, welches die Stellen auf die Abmachung der Parteien legen, die Bezeichnung des Turniers als einer „frewilkore“ [1]), die Anführung, dass der Gegner sich „von freyer

[1]) Was eigentlich mit der Bezeichnung „neyn Recht“ gemeint ist, wird nicht ganz klar. Die Erklärung John's (S. 8), das Turnier sei an und für sich etwas Widerrechtliches, scheint wohl der modernen Auffassung, aber wenig den

Digitized by Google

willkur“ auf den Zweikampf eingelassen habe, zeigen deutlich die Anschauung. Die Quellen betrachten den Zweikampf als ein Verhältnis, welches auf einem Vertrage, einer Vereinbarung beruht; der Inhalt derselben ergiebt sich aus der Sache selbst: es ist die Absicht der Parteien, in bestimmter Weise mit einander zu kämpfen, z. B. gegen einander zu rennen, und damit unterwerfen sie sich natürlich dem bei Beobachtung der Turnierregeln resultierenden Erfolge, also auch der sie oder ihre Pferde etwa treffenden Beschädigung, es folgt daher aus der Natur dieser Verabredung, dass an sich ein Ersatz für etwaigen Schaden nicht in der Absicht der Parteien liegt, vielmehr bedarf es bezüglich dessen besonderer Abrede.

Wenn dagegen ein Teil die Turniervorschriften überschreitet (den Gegner ins Auge sticht), oder sonst dokumentiert, dass er darauf ausgehe, den andern zu verletzen oder wenigstens zu schädigen, also böswillig den Schaden herbeiführt, „sunderlike Vorsate“ zeigt, so stellt er sich selbst ausserhalb des Turnierrechts und unterliegt den allgemeinen Regeln.

c. Auf einer anderen Grundlage, nämlich der Anerkennung einer allgemeinen Sitte, ruht die Befreiung vom Ersatze in Gosl. Stat. 41, 28. Siehe darüber John S. 38. Die Stelle ist auch ein Beweis dafür, wie häufig gerade bei der Frage nach der Verteilung der Schadensersatzverbindlichkeit das Recht nicht nach einfachen Formeln, sondern unter Rücksichtnahme auf die Billigkeit, nach den konkreten Verhältnissen entscheidet.

§ 17.

VI. Der Ersatzanspruch.

I. Der zum Ersatze Verpflichtete hat den Nachteil, welchen er in der Vermögenslage des Beschädigten hervorgebracht hat, zu beseitigen, die bewirkte Verschiebung derselben auszugleichen. Er soll dem Verletzten seinen Schaden „gelten“, „aufrichten“, „erlegen“ (legeren), ihn „aus dem Schaden nehmen“, den Schaden „bessern“, eine Sache „gelten nach ihrem Werte“, einen Menschen „nach seinem Wergelde“. Er soll das durch seine Handlung vernichtete Gut wiederherstellen (z. B. die volle Lebenskraft eines verwundeten Tieres durch Heilung), oder an Stelle desselben ein anderes setzen, welches gleichwertig ist, entweder durch Ersatz in natura oder durch Substituierung des Geldwertes.

Anschauungen der damaligen Zeit angemessen. Meinen die Schöffen vielleicht, das Turnier sei ein Verhältnis, welches nicht gesetzlich geregelt sei, sondern freier Vereinbarung unterliege?

Digitized by Google

a) Wo der Ersatz durch den Wert eines Rechtsgutes bestimmt wird, da wird dieser Wert in verschiedener Weise ermittelt.

α) Entweder wirken die Parteien selber dazu mit, teils beide zusammen, teils nur die eine.

1. Der Kläger schätzt den Wert der Sache, welche ihm zu ersetzen ist, der Beklagte hat das Recht, einen minderen Wert eidlich zu erhärten; Ssp. III. 47. § 1; Rb. n. Dist. IV. 33a; Ssp. III. 51. § 2; Gosl. 42, 17; er setzt die höhere Schätzung des Klägers mit seinem Eide herab, Gosl. 70,5.

2. Der Beklagte allein bestimmt die Höhe des Ersatzes durch den Eid; so beschwört er, dass der von ihm als Ersatz zu gebende Hund oder Vogel denselben Wert habe, wie der zu ersetzende; Ssp. III. 47. § 2. Er beschwört ebenso den Wert des von ihm in Notwehr getöteten Hundes, Eisen. Rechtsb. III 68; Purg. IV. 61.

β. Oder die Bestimmung der Höhe der Ersatzforderung erfolgt ohne Beteiligung der Parteien.

1. Der Schaden wird durch die Nachbarn oder die, welche man zur Augenscheinseinnahme zugezogen hatte, geschätzt. Dies ist namentlich der Fall bei Schaden an unbeweglichen Sachen, Feldschaden u. dergl.: Ssp. II. 47. § 2; Rb. n. D. II. 8. 2, u. a. m. Auch eine Abschätzung durch den Rat kommt vor, Rb. n. Dist. II. 2. 9, Zweck ist wohl eine möglichst unparteiische Schätzung. Ausdrücklich verfolgt diesen Zweck die Schätzung durch „unpartheiliche Menner“ in Neumünster. — Bordesh. R. Art. 48.

2. Für den Wert des zu ersetzenden Gutes ist eine allgemeine, feste gesetzliche Taxe vorhanden. So für gewisse Tiere, Ssp. III. 51; insbesondere aber für den Menschen: das Wergeld und das Schmerzensgeld. Hierüber wird unten besonders gehandelt werden (s. § 26.).

b. Gewöhnlich ist nur von dem Ersatze des zunächst und unmittelbar durch die schädliche Handlung angerichteten, gewissermassen greifbaren Schadens die Rede, und es ist nicht mit Bestimmtheit nachweisbar, dass allgemein, principiell hierüber hinausgegangen worden sei. Dagegen finden wir in einer Anzahl einzelner Entscheidungen einmal den Anspruch bis zur Leistung des vollen Interesse gesteigert, sodann auch auf Ersatz solchen Schadens ausgedehnt, welcher erst wieder als weitere Folge des zunächst durch die Handlung herbeigeführten sich ergeben hat.

α) Für ersteres, Ersatz des positiven Schadens und des entgangenen Gewinnes, bietet die Extravagante zu Ssp. II. 28. § 2 ein Beispiel: Sie bestimmt nach Homeyers Erklärung (die Extravaganten des Ssp. S. 245): Wer Obstbäume abhaut, soll den vom Eigentümer zu erhärtenden jährlichen Verkaufswert des Obstes ihm für zwölf

Digitized by Google

Jahre entrichten und neue Bäume setzen. Wenn die neugesetzten Bäume nach 12 Jahren noch nicht eines Schillings wert Frucht tragen, so braucht der Beschädigte sie nicht eher anzunehmen, als bis sie so nutzbar geworden sind. Es wird also die einfache Bestimmung des Ssp., dass der Schaden zu ersetzen sei, näher ausgeführt. Die Stelle nimmt jedenfalls an, dass erst nach zwölf Jahren die Obstbäume ihre normale Ertragsfähigkeit erreichen.

Ein weiteres Zeugnis liegt im Wend.-Rugian. Ldgebr. tit. 249 vor: hiernach hat derjenige, welcher auf fremder Saat Unkraut verbrennt, dafür aufzukommen, wenn dort infolge dessen in dem betr. Jahre nichts wächst, also den Gewinn, welcher dem Eigentümer durch die Einbusse der Ernte entgeht, zu ersetzen.

Beide Stellen zeigen, dass nicht nur der Gewinn zu ersetzen ist, welcher mit Gewissheit eintreten musste, sondern auch derjenige, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten war; dabei wird ein dem Beschädigten günstiger Verlauf angenommen.[1])

β) Unter dem ersatzfähigen positiven Schaden sind nach neuerem Rechte auch die dem Beschädigten infolge der Beschädigung erwachsenen notwendigen Auslagen begriffen. So bei einer Körperverletzung die Heilungskosten, Arztlohn und sonstige Unkosten (Wend.-Rugian. Ldgbr. tit. 177, 7. cf. 244, 2; Bordesholm. Gebr. Art. 48.). Es hat ferner derjenige, welcher jemandes Knecht fängt oder schlägt, nicht nur dem Verletzten dafür Busse, selbstverständlich ev. auch Ersatz zu geben, sondern er muss auch den Herrn entschädigen, wenn dieser dadurch Schaden erleidet, dass der Knecht infolge der zugefügten Verletzung eine Zeitlang ihm keine Dienste leisten kann, Ssp. II. 34. § 1; Gosl. Stat. 46, 36; Rb. n. Dist. IV. 36. d. 1. Der Ersatz besteht nach Ssp. l. c. in dem Lohn für die Zeit der Dienstunfähigkeit des Knechtes, cf. Ssp. II. 32. § 3. Natürlich findet diese Bestimmung, welche hier citiert wird, entsprechende Anwendung, und der Verpflichtete hat nicht auch dem Herrn den bereits dem Knechte gezahlten Lohn zu ersetzen; das hätte hier keinen Sinn, da II. 32. § 3 ja von der Rückgabe desselben spricht, der Beschädiger aber nichts erhalten hat. Der Herr wird dadurch in den Stand gesetzt, sich einen Ersatzmann zu nehmen. — Dass die Leistung des Ersatzes nicht von der Absicht der Schädigung des Herrn abhängig ist, zeigt die Fassung in den Gosl. Stat., welche ungleich klarer, als die des Ssp. ist. Aus

[1]) Nach neuerem Recht ist dem Verwundeten auch die durch die Verletzung entstandene „Versäumbniss seines Nahrungs“ zu ersetzen; Neumünst. u. Bordesholm. Gebr. Art. 48.

Digitized by Google

der Vergleichung mit dem ersten Satze des cit. § ergiebt sich, dass in dem späteren Zusatze die Worte: „he ne neme sik des lasteres unde des scaden af . . . jegen des mannes herren“ — sich nur auf die doppelte Busse beziehen, und diese Deutung bringt eine abweichende Lesart (No. 14 bei Homeyer) zum Ausdruck.

II. Der Anspruch steht jedem zu, der durch die schädigende Handlung einen Schaden erlitten hat, also vor allem dem an seinem Körper oder seinem Vermögen Beschädigten; bei einer Sachbeschädigung nicht nur dem Eigentümer, sondern, bei unbeweglicher Sache, dem besitzenden Lehnsmanne und dem Pfandinhaber (Ssp. II. 57; Glosse dazu u. zu III. 31. § 1), bei beweglicher Sache demjenigen, welcher dieselbe mit dem Willen des Eigentümers besitzt, „weil ihm die Herrschaft über die Sache . . . übertragen ist.“ Vgl. hierzu Planck a. a. O. I. S. 394. 396 f. (bes. N. 10) 398 fg.

Den Erben steht der Anspruch unbeschränkt zu, wo es sich um Vermögensschaden handelt (Ssp. III. 31. § 1. 3), ebenso der Anspruch auf das Wergeld des Getöteten (das Nähere unten), sowie den bez. Teil des Wergeldes eines Gelähmten, wenn diesen die Lähmung an der Erhebung der Klage hinderte. Die bereits angestellte Klage und damit der darin verfolgte Anspruch geht stets auf die Erben über; cf. Planck a. a. O.

III. Der Anspruch geht gegen den Beschädiger, auch wenn er prozessualisch durch einen andern vertreten ist, z. B. gegen den Unmündigen, den sein Vormund vertritt (Richtst. Ldr. 43).

Er geht ferner gegen den, welcher durch Rat oder Tat zu dem Schaden mitgewirkt hat, wenn derselbe durch einen von ihm Abhängigen verübt wurde, z. B. seinen Knecht (Gosl. Stat. 46, 32), hier auch dann, wenn er nur seine Zustimmung gab. Siehe übrigens unten Teil II.

Der Anspruch geht in beschränkter Ausdehnung gegen die Erben. Für das vom Erblasser verwirkte Wergeld haften die Erben nicht, auch nicht wenn derselbe bereits dazu verurteilt war,[1]) wenigstens nach Land- und Lehnrecht. Nach ersterem haftet der Erbe für die Deliktsschulden (düve, rof) überhaupt nicht (Ssp. I. 6. § 2; Görl. Ldr. 46. § 9b.). Dagegen hat der Erbe die gestohlene Sache, die sich im Nachlasse findet, oder die Bereicherung herauszugeben (Ssp III. 31. § 1. 2. Stobbe a. a. O. S. 327). Jedenfalls hat er danach auch den Wert der im Nachlasse vorge-

[1]) Dieser Ansicht von Planck (a. a. O. I. S. 408) ist vor der von Stobbe (in Bekker u. Muther's Jahrbüchern Bd. V. 1862. S. 327) vertretenen der Vorzug zu geben. Ich schliesse mich seiner Begründung durchaus an.

Digitized by Google

fundenen fremden Sache zu ersetzen, wenn sie ihm später verloren ging, gemäss Ssp. III. 47. § 1.

Nach Stadtrecht muss dagegen der Erbe das durch die Verurteilung des Erblassers geschuldete Wergeld zahlen (dies ist mit Planck a. a. O., Stobbe a. a. O. S. 329, Göschen Gosl. Stat. S. 149 N. 5 aus Gosl. Stat. 6, 36 ff. zu folgern). Ebenso ersetzt er den durch eine strafbare Handlung des Erblassers angerichteten Vermögensschaden (Gosl. Stat. 7, 5—11 scaden an gude), sowie jede andere gegen den letzteren begründete Schadensforderung (Gosl. l. c.). Er tritt dabei völlig in die Verbindlichkeit des Erblassers ein (er antwortet to deme selven rechte alse he [der Erblasser] selbe scolde of he levede).

Zweiter Teil.

Haftung für den durch andere Personen angerichteten Schaden.

§ 18.

I. Allgemeines.[1])

Eine Haftung für den Schaden, welchen man nicht selbst angerichtet hat, und zu dem man in keiner Weise mitgewirkt, wird das Recht nur da anerkennen, wo zwischen dem Beschädiger und dem Verpflichteten ein rechtliches Band besteht, und zwar ein solches, welches dem letzteren eine gewisse Gewalt über den ersteren giebt, diesen in eine, wenn auch nur vermögensrechtliche Abhängigkeit von jenem, oder doch in ein Verhältnis zu demselben bringt, welches für eine Kategorie von Handlungen ihn als den nur unselbständig Handelnden erscheinen lässt. Ausserdem wird für die Anerkennung einer solchen Haftbarkeit das Motiv mitsprechen, den Geschädigten an eine Person zu verweisen, welche ihm eine grössere Sicherheit für die Befriedigung seines Anspruchs gewährleistet als die des eigentlichen Schädigers.

In dem uns vorliegenden Kreise von Rechtsquellen werden uns noch weitere Motive begegnen, namentlich die engere oder weitere häusliche Gemeinschaft. — Ausgeschlossen wird im folgenden die Haftung für andere Personen, soweit sie sich aus einem Vertrage ergiebt. —

---

[1]) Vergl. Stobbe D. Priv.-Recht III. § 201.

Digitized by Google

Digitized by Google

Handlung verfestet war, freisteht, vgl. Gosl. Stat. 60, 16 ff.; dagegen haftet der Vater, wenn er den bereits aus der häuslichen Gemeinschaft geschiedenen Sohn nach dem Verbrechen wieder zu sich nimmt, aber nur in Konsequenz des allgemeinen Satzes, dass man Diebe und Räuber nicht beherbergen soll. Vgl. das Magdeb. Weistum 18 (bei Neumann, Weistümer von Magdeburg S. 40 ff.) und Rive, Vormundschaft II. 2. S. 187. 188.

Neben dieser Anschauung, welche das Magdeburger Recht vertritt, findet sich in einigen Quellen aber auch eine andere Richtung vertreten. Sie macht, in Uebereinstimmung mit süddeutschen Quellen (vgl. Stobbe D. Priv.-R. § 201 N. 10), den Vater, bezw. die Eltern haftbar, wenn sie das Kind, welches einen Schaden gethan, nach erlangter Kenntnis von demselben bei sich behalten oder wieder zu sich nehmen. Dieser Richtung folgen der Wend.-Rugian. Landgebr. tit. 217[1]) und die Neuen Statuten von Arnstadt von 1543 (Michelsen, Rechtsdenkmale aus Thüringen I.) Art. 43. Die häusliche Gemeinschaft ist hier also unbedingt entscheidend, auf Grund derselben ist die Vertretung hinsichtlich der durch das Kind verübten Beschädigung eine unbedingte, sie gestaltet sich wie die Haftung des Herrn für seine Tiere und Leibeigenen.

§ 20.

III. Haftung für das Gesinde und ähnliche Fälle.[2])

Nach dem Ssp. und den in näherer Verwandtschaft mit ihm stehenden sächsischen Rechtsquellen haftet der Herr nicht für den Schaden, den sein freies Gesinde anrichtet. Das Princip spricht Ssp. II. 32 §. 1 klar aus:

> Nieman n' is plichtich vor sinen knecht to antwerdene vorbat, wen alse sin lon gewеret, he ne werde sin bürge.

Ebenso Berl. Stdtb. S. 101 oben; Rechtsb. n. Dist. IV. 36. 3; Purgoldt V. 54; Gothaer Stadtr. (bei Ortloff II.) 103; Magdeb. Bl. II. 2. c. 148; Gosl. Stat. 46,32; Salzwedeler Stadtr. § 70 (bei Gengler S. 405).

---

[1]) Die Stelle spricht von mündigen Kindern; für unmündige haftet ihr freies Vermögen (tit. 244. Abs. 2), während die Eltern nicht eins[t]ehen. Nur bei einer Verletzung, die ein Unmündiger einem anderen zufügt, haben die Eltern das Arztlohn zu bezahlen, während die sonstige Schadensforderung aus der That erst nach erreichter Mündigkeit verfolgt werden kann. Dem Verletzten soll wohl wenigstens jene Auslage sofort erstattet werden.

[2]) Herz, die Rechtsverhältnisse des freien Gesindes etc. Bd. VI. dieser Untersuchungen.

Digitized by Google

Der Herr haftet nicht mit seinem Vermögen, er hat lediglich, „wie der Dritte verpflichtet ist, auf die Klage des Gläubigers zu „antworten, sofern und soweit er Güter des Schuldners unter sich „hat"[1], dem Klagenden den Betrag des von dem Knechte bereits verdienten Lohnes zu dessen Befriedigung herauszugeben.

Wieder ist hier die andere Richtung des Deutschen Rechts zu konstatieren, welche die Freiheit des Herrn von der Haftung für sein Gesinde dadurch bedingt, dass er die delinquierende Person nach erlangter Kenntnis vom Schaden entlässt, „das ihn mit dem Schuldigen verbindende Band unverzüglich löst" — Herz a. a. O. S. 43 —. Ausser den friesischen Rechtsquellen hat diese Auffassung unter den hier in Betracht kommenden Quellen nur der Wend.-Rugian. Landgebr. tit. 216. 217 (der Herr soll den Knecht, „Baden", nicht über Nacht behalten, nachdem er vom Schaden erfahren); vgl. auch Grimm Weist. VI. 149.

Dagegen haftet der Herr in einem einzelnen Falle, nämlich für den durch sein Gesinde verursachten Feuerschaden, Braunschw. R. (bei Hänselmann S. 47, 67, 133); nach Purgoldt III. 20 haftet er jedoch auch hier nur, wenn ihn eine Schuld trifft, wenn er aufgefordert ist, sein Gesinde „umb torlich geluchte" zu „strafen" und dies nicht gethan hat (oben § 10. Anm. 2).

Ausserdem wird der Herr ersatzpflichtig, wenn sein Gesinde auf seinen Befehl, mit seiner Zustimmung handelte, der Schaden unter seiner Mitwirkung durch Rat oder That zugefügt wurde; Gosl. Stat. 46, 32; Rb. n. D. IV. 36. d. 3; Salzwedeler Stadtr. § 70.[2]) Der Herr erscheint hier vermöge des Autoritäts-Verhältnisses als der eigentliche Verursacher des Schadens, der sich des Gesindes nur als Mittels bedient. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 43 Note 96, S. 44.

2. Für das unfreie Gesinde haftet der Herr dagegen; Purgoldt V. 54: „aber umb dye eygen knechte . . . . ist es anders, da muss der herr vor antworten umb alle schulde". Jedenfalls wird diese, von den Quellen, wegen der in dieser Periode schon überwiegenden Bedeutung des freien Gesindes, nicht weiter besprochene Haftung sich nach denselben Grundsätzen wie diejenige für den Tierschaden gestaltet haben. Vergl. übrigens Schmidt a. a. O. § 7; Jastrow, zur strafrechtlichen Stellung der Sklaven, Heft II. dieser Untersuchungen.

---

[1]) Planck a. a. O. I. S. 400.

[2]) Aehnlich Ssp. III. 78. § 8. Der Lehnsherr oder Lehnsmann ersetzt den Schaden, der durch seine Mannen, „die dorch sinen willen dar sin", geschieht, oder „dar he helpere to is", auch dann, wenn er den Schaden nicht beabsichtigt hatte (unwetene).

Digitized by Google

3. Es haftet der Burgherr im gewissen Umfange für die Beschädigungen, welche jemand durch Leute von seiner Burg erlitten hat; Ssp. II. 72. § 3. 4 (Rb. n. Dist. VI. 4. d. 6. 7; Görl. Ldr. 35. § 4 a. b).

Er haftet, wenn von der Burg aus jemand einen andern feindlich überzogen, „gesocht", oder einen Raubzug gegen einen andern unternommen hat. Kann der Herr die Burg nicht „untschüldigen", „untreden" mit seinem Eide, d. h. also sowohl die Thatsache leugnen, dass von seiner Burg aus der Zug unternommen sei, als auch, wie man interpretieren muss nach § 5, die, dass der Räuber und der Raub nicht auf die Burg gekommen, noch letzterer in unmittelbarer Nähe derselben (dar vore) niedergelegt sei, so haftet er für den angerichteten Schaden, „sunder doch, of he rades unde dat unscüldich si". „Dies kann heissen „jedoch ausgenommen" „und der Sinn wäre: wenn der Burgherr an Rat und That un„schuldig ist, ersetzt er den Schaden nicht, oder 2) nur „voraus„gesetzt jedoch" mit dem Sinne: der Burgherr wird durch blossen „Schadensersatz nur frei, wenn er an Rat und That unschuldig ist. „Der zweite, den Grundsätzen des altdeutschen Rechts entsprechendere „Sinn wird durch die andere Lesart bestimmter ausgedrückt, wo„nach der unschuldige Burgherr von der Busse frei bleiben, „jedoch jedenfalls den Schaden gelten soll" (Homeyer Anm. zu § 4. der cit. Ssp.-Stelle). Der letztere Sinn wird in wichtiger Weise bestätigt durch das Rb. n. Dist. a. a. O., in welches dieselbe Auffassung übergegangen ist. Er stimmt auch besser mit der gleichen Entscheidung des § 3 überein, während der erstere einen auffallenden Widerspruch zu diesem § ergeben würde.

Die Haftung beschränkt sich aber auch auf solchen Schaden, den ein Burgmann durch einen Raubzug oder feindlichen Zug, kriegerischen Angriff zugefügt hat; eine Ausdehnung auf anderen durch Burgmannen angerichteten Schaden ist unzulässig; der Zusammenhang zeigt deutlich, dass es hier sich nicht um eine allgemeine Vertretungspflicht des Burgherrn gegenüber den Bewohnern der Burg handelt, sondern um den speciellen Fall, wo von der Burg aus, von wem ist gleichgültig, ein Raubzug unternommen ist; das eigentümliche des Falles liegt gerade in der Art, wie der Schade zugefügt wurde, und der Beziehung der Beschädiger zur Burg.[1])

[1]) Keinen Fall einer Haftung für andere enthält Ssp. III. 86. § 2. Der Bauermeister vertritt die Gemeinde lediglich prozessualisch.

Digitized by Google

§ 21.

IV. Rechtsgrund der Haftung.

1. In allen Fällen, wo die Quellen eine Haftung für die Beschädigung durch andere Personen anerkennen, steht, wie die behandelten Beispiele zeigen, die vertretene Person in einem Abhängigkeitsverhältnisse zu dem Ersatzpflichtigen. Dies Moment erscheint weniger bedeutend für die Verpflichtung des Vaters, wichtig dagegen, wo es sich um die Vertretung des Gesindes und der Burgmannen handelt. Das Gesinde, welches den Befehlen des Herrn zu gehorchen verpflichtet ist, welches dieser bei Ungehorsam strafen kann, welches auf die Dauer des Kontraktes wirtschaftlich auf den Herrn angewiesen ist und von ihm seinen Lebensunterhalt empfängt, ist in der That mehr oder weniger willenloses Werkzeug in seiner Hand und es ist deshalb gerechtfertigt, dem Herrn als dem eigentlichen Urheber der mit seinem Willen verübten Beschädigung die Haftung dafür aufzuerlegen. Eine ähnliche Stellung haben die Mannen des Burgherrn zu diesem, wenn auch nur in beschränktem Umfange. Sie stehen bezüglich aller kriegerischen Unternehmungen, Fehden, namentlich auch derjenigen, welche um Beute zu machen, unternommen werden, unter seinem Befehl und sind ihm als seine Dienstleute und Lehnsmannen zur Dienstleistung verpflichtet. Es wird daher wohl vermutet, dass sie, wenn nicht nach seiner Anordnung, doch in seinem Interesse bei ihren Raubzügen handeln.

2. Regelmässig ist ferner die Erwägung massgebend, dass bei der Verweisung des Geschädigten an den eigentlichen Beschädiger dessen Anspruch illusorisch sein würde. Dies ist sowohl bezüglich des Dienstboten, als des Mannen eines Burgherrn der Fall, und deshalb rechtfertigt sich die Verweisung des Verletzten an deren Herrn.

3. Die häusliche Gemeinschaft des Verpflichteten und des Schädigers, ihre Zugehörigkeit zu demselben Hausverbande hat in der Regel nicht die Wirkung, für den ersteren die Vertretungspflicht zu erzeugen, die Festigkeit des Hausverbandes erscheint schon gelockert. Nur der Wend.-Rug. Ldgbr. — die Arnstädter Statuten unbedingt beim Hauskinde — betrachtet ihn allgemein als kausal für die Haftpflicht, diese als seine notwendige Folge; bezüglich des Hauskindes ist das Moment noch in ausgedehnterer Anwendung von Bedeutung. Als „Burgverband“ ist er insofern wesentlich, als die Räuber von der Burg ausgegangen sein und auch wieder dahin zurückgekehrt sein müssen, wenn der Anspruch gegen

Digitized by Google

den Herrn begründet sein soll. — Das Moment, dass auch der Raub auf die Burg gebracht sein muss, kommt nur insofern in Betracht, als es für die Zugehörigkeit der Räuber zum Burgverbande beweisend ist.

Die dem Verpflichteten zustehende Befugnis, sich in einzelnen Fällen durch Ausstossung des schadenden Kindes, Dienstboten, wohl auch des Unfreien, von der Haftung zu lösen, wird in unseren Quellen nicht näher besprochen, doch stand sie wohl unter denselben Grundsätzen, wie die sogleich zu behandelnde Dereliktion eines schadenden Tieres.

Dritter Teil.

Die Haftung für den durch Tiere angerichteten Schaden.

§ 22.

Uebersicht.

Das Deutsche Recht wird in der vorliegenden Lehre von einer durchgreifenden Unterscheidung beherrscht, der zwischen zahmen und gefährlichen Tieren, zu den letzteren gehören nicht bloss die wilden Tiere. Dieser Unterschied bedingt eine wesentlich verschiedene Begründung und demgemäss eine durchaus andere Gestaltung der Haftung.

Die Darstellung hat sich mithin nach dem so vorgezeichneten Plane zu gliedern.

Innerhalb der ersten Kategorie ergiebt sich dann ein fernerer Unterschied, je nachdem das Tier unter Zuthun eines Menschen oder ohne solches geschadet hat. Bei der Behandlung des letzteren Falles nimmt das Institut der Dereliktion das Hauptinteresse in Anspruch.

Erster Abschnitt.

Beschädigung durch zahme Tiere.

§ 23.

I. Die Dereliktion.

1. Durch alle Quellen des hier behandelten Rechtsgebietes geht der Grundsatz, dass der Eigentümer bezw. der Inhaber eines zahmen Tieres den durch dasselbe angerichteten Schaden ersetzen

Digitized by Google

muss, dass er sich aber von dieser Verbindlichkeit befreien kann dadurch, dass er das schadende Tier derelinquiert, sich seiner entäussert. Mit geringen Modifikationen ist dies vom Ssp. und dem gleichzeitigen Magdeburger Stadtrecht an bis zum Wend.-Rug. Landgebrauch und den Stadtrechten der zweiten Hälfte des 16. Jh.'s durchgängig anerkannt, und es hat sich dieser Grundsatz in einzelnen Rechten über die Zeit der Reception hinüber bis zur neueren Zeit gerettet.[1]) Die Thatsache, dass derselbe auch in süddeutschen Quellen anerkannt ist und ebenso in einem Teile der Volksrechte sich findet, beweist zur Genüge, dass wir es hier mit einem allgemeinen deutschen Rechtsgedanken zu thun haben, ja die verwandte Erscheinung der noxae datio im Röm. Recht lässt diesen Gedanken als einen gemeinarischen erscheinen.

Ihn in seiner spezifisch deutschen Wendung zu begreifen ist unsere Aufgabe.

2. Es liegen dem Institut der Dereliktion verschiedene Gedanken zu Grunde, welche mehr oder weniger klar in den Quellen hervortreten.

a. Der Grundgedanke ist derselbe, auf welchem die Schadensersatzverbindlichkeit im Deutschen Rechte überhaupt beruht: Die natürliche Leidenschaftlichkeit des Menschen, welche in früheren Perioden noch ihren Einfluss auf das Recht übt, sieht nach der handgreiflichen Ursache der Beschädigung, hält sich an sie, sie betrachtet auch den willenlosen Gegenstand als Ursache des Schadens in ihrer naiven, sinnlichen Vorstellungsweise. Daher unterscheidet sie nicht, ob die Beschädigung dem, welcher sie verübte, zur Schuld zugerechnet werden kann oder nicht, sie hält sich wegen des Schadens ebenso an den Unzurechnungsfähigen, welcher keinen Willen hat, und konsequent auch an das Tier. In engster Verbindung hiermit steht die poetische Auffassung des Deutschen Rechts, welche auch das Tier zu personifizieren liebt, ihm wie dem Menschen ein Wergeld zuschreibt (Ssp. III. 48. §. 1. 2; 51. § 1), von ihm wie vom Menschen sagt, es sei „beneden sinen jaren" (Ssp. III. 51. § 1), es ein ungerichte thun lässt (Magd.-Görl. R. v. 1304 Art. 128)! Hiernach erscheint die teilweise, durch den Ausdruck sich aufdrängende Auffassung, als ob das Tier selbst ersetze, bessere, durchaus nicht befremdend; es ist ja Träger eines Wertes, es bessert mit sich selbst den Schaden.

Die bezeichnete Auffassung tritt hervor in dem regelmässigen Ausdrucke des Lüb. und Hamb. Stadtr. und der auf ihnen be-

[1]) Stobbe D. Priv.-Recht III. § 202.

Digitized by Google

ruhenden hanseatischen Rechte: Das Vieh soll „beteren“ (Lüb. R. II. 255. III. 314. 315; Hamb. R. VI. 19; Brem. R. v. 1303. 107, von 1428 c. 52. 53 u. s. w.), ferner in der Bemerkung der Glosse z. Weichbild Art. 38: „tete das phert eynen mort“ (!), in den Worten des Wend.-Rugian. Ldgbr. tit. 177 al. 11: „dat schuldige Vehe moth stahn vor den Schaden“. Ein Zeugnis dafür liegt ferner darin, dass die Quellen eine Notwehr gegen Tiere kennen. Wie sehr im Leben diese Auffassung überwog, zeigt z. B. eine Stelle des Rug. Landgebr. (tit. 177 al. 12), aus der man ersieht, wie notwendig es war, durch Androhung von Rechtsnachteilen die Menschen von der Ausübung der Rache gegen Tiere, welche man „auf seinem Schaden“ betraf, abzuhalten. cfr. oben §. 16 No. 2.

b. Ein zweiter bei der Dereliktion offenbar wirksamer Gedanke ist der der rechtlichen Verbindung, welche die Gemeinschaft des Hauses, das Wohnen in der Were jemandes, zwischen dem Herrn derselben und den Genossen schafft: daher der so häufig[1]) zur Anwendung kommende Satz, dass durch Lösung des Hausverbandes der Inhaber der Were auch das rechtliche Band mit dem Genossen löst. In dieser Auflösung der Gemeinschaft erblickt entsprechend das Recht einen augenfälligen Beweis, dass der Herr die Vertretung des aus der Were Ausgestossenen ablehnt.

Ein unzweifelhafter Beweis für den Einfluss dieser Idee liegt darin, dass in den Quellen nicht der Eigentümer als solcher für das Tier haftet, bezw. es derelinquieren kann, sondern der, in dessen Were es gefunden wird (Gosl. 43. Z. 34 ff.), dass auch das Entscheidende für die Vertretungspflicht nicht die Erklärung, Eigentümer zu sein, sondern die, Eigentümer, besser Herr, d. h. wesentlich Hausherr, sein zu wollen, ist, welche eben stillschweigend durch das Behalten oder Zurücknehmen in die Were abgegeben wird.

c. Wir dürfen auch wohl annehmen, dass Rücksichten auf die Billigkeit bei der Regulierung der Ersatzpflicht für den durch Tiere angerichteten Schaden mitbestimmend waren. Der Herr des Tieres hat es durch die ihm gelassene Wahl in seiner Hand, seine Verbindlichkeit zu verringern. Sobald er erfahren hat, welchen Schaden sein Tier angerichtet, ist er in der Lage zu übersehen, ob derselbe den Wert des letzteren übersteigt oder hinter demselben zurückbleibt; je nachdem das eine oder das andere der Fall ist, wird er sich für die Dereliktion des Tieres oder den Ersatz des Schadens entscheiden. Jedenfalls erscheint es unbillig, dass der Herr den ohne irgend ein Zuthun seinerseits entstandenen Schaden voll

[1]) Auch im Vertragsrecht, Stobbe Vertr. S. 266. No. 21.

Digitized by Google

ersetze, da der Geschädigte ja ein Objekt hat, an welches er sich halten kann. Es wird so wieder eine Milderung des strengen Grundsatzes herbeigeführt, so dass thatsächlich in vielen Fällen der Zweck des Ersatzes: die Reparation des Schadens, nur sehr unvollkommen erreicht wird.

d. Nicht massgebend ist der Gesichtspunkt, dass der Herr des Tieres nicht die nötige Vorsicht angewandt habe, um die Beschädigung zu verhindern. Dies behauptet John (a. a. O. S. 36 f.) indem er seine Theorie auch auf den Fall der Beschädigung durch Tiere anwendet. Er meint, die Quellen verlangten von dem Herrn eines Tieres, dass er diejenigen Vorkehrungen treffe, welche eine Beschädigung durch dasselbe verhindern. Zeige es sich nun in dem schädlichen Erfolge, dass der Herr des Tieres nicht vorsichtig genug gewesen, so hafte er für den entstandenen Schaden. Dass John hierzu, in Note 43, Ssp. II. 40. § 1. 2 citiert, beweist, dass er durch die Annahme eines Verschuldens des Herrn auch die durch die Dereliktionsbefugnis beschränkte Haftung erklären will. Sehen wir aber auch von der auch hier wieder eingeführten Präsumption ab, sehen wir ferner davon ab, dass sich die Haftung aus den hier angeführten Gründen genügend erklärt, so kann doch eine irgend welche Berechtigung zu der John'schen Annahme aus den Quellen jedenfalls nicht abgeleitet werden. Sie widerlegt sich durch alle die Stellen, welche von dem Falle sprechen, dass ein Tier in der Hut des Gesindes Schaden thut, und bestimmen, dass subsidiär für den principaliter verhafteten Knecht der Herr eintritt, welcher aber das Tier derelinquieren kann (z. B. Ssp. II. 40. § 4; Lüb. R. II. 255). Wie sich z. B. in der letzteren Stelle, wo es ausdrücklich heisst, dass der Knecht keine Schuld am Schaden hatte, eine Verschuldung des Herrn als Grund der Haftung der Pferde konstruieren lässt, das ist einfach unerfindlich. Der Herr hat ja nicht einmal eine culpa in eligendo begangen! Oder will John etwa die nötige Vorsicht soweit ausdehnen, dass der Herr immer gegenwärtig sein muss, wenn seine Tiere in der Obhut des Knechts sind? Die John'sche Erklärung ist lediglich eine u. E. unzulässige Ausdehnung seiner culpa-Theorie auf die Fälle des Tierschadens ohne zwingenden Quellenbeweis. [1])

3. Was die juristische Konstruktion des Rechtsinstituts der Dereliktion anbetrifft, so ist zunächst zu beachten, dass dieselbe

---

[1]) Vgl. überhaupt, insbes. zu 2a oben Nägeli a. a. O. S. 15; v. Meibom, Deutsches Pfandrecht S. 198; Wilda, Strafrecht S. 149 und Zs. f. D. R. Bd. I. S. 240; Schmidt a. a. O. § 8.

Digitized by Google

keine noxae datio ist, mit welcher sie fälschlich in der Literatur allgemein auf eine Linie gestellt wird. Der Herr ist nicht verpflichtet, das Tier dem Beschädigten zu übergeben, er hat ja überhaupt keine materielle Verpflichtung zur Vornahme eines rechtlichen Akts, wie bei der noxae datio zur Uebertragung des Eigentums, er muss nur seinen Willen unzweideutig dahin äussern, dass er das Tier nicht vertreten wolle, also, wenn dasselbe nach dem Schaden schon wieder in seine Were gekommen war, allerdings es aus derselben entfernen, er darf es nicht mehr herbergen und ernähren (sleit he't ut unde ne hovet noch ne huset noch ne etet noch ne drenket he't), wenn das Tier „bestedeget" und vor Gericht gebracht war, muss er erklären, ob er sich dazu ziehen wolle, mit einem Worte, er hat nur eine Willenserklärung abzugeben, welche wie alle Willenserklärungen ausdrücklich (beim gerichtlichen Verfahren), durch konkludente Handlungen (falls ein solches nicht stattfand), oder durch blosses Stillschweigen (falls das Tier aufgeboten wird) verlautbart werden kann.

Diese Willenserklärung ist, wie bemerkt, die Ablehnung der Vertretung, die Erklärung, nicht Herr sein zu wollen (Planck a. a. O. I. S. 409), d. h. Entsagung der Rechte auf das Tier und der Pflichten bezüglich desselben, welche sich aus dem Herrsein ergeben. Herrsein heisst aber hier nicht nur und nicht wesentlich: Eigentümer sein, als vielmehr: zur Vertretung verpflichtet sein, richtiger: in dem Verhältnis zum Tiere, welches zur Vertretung verpflichtet, stehn.

Das so aus der rechtlichen Verbindung mit dem Herrn gelöste Tier kann der Beschädigte in Besitz nehmen, sich desselben „unterwinden". Er wird, wie nicht zu bezweifeln, Eigentümer desselben, denn er kann es sich, falls sich der bisherige Inhaber nicht meldet, übereignen lassen (z. B. Wend.-Rug. Ldgebr. tit. 177 al. 11). — Zum Eigentümer macht ihn die in gehöriger Weise erklärte Dereliktion, das wird aus Ssp. II. 40 und den verwandten Stellen klar; die im Fall des Aufgebots stattfindende gerichtliche Uebereignung hat nur deklarative Bedeutung.

Wie ist nun dieser Rechtserwerb zu konstruieren? Ich glaube so: Der durch ein Tier Beschädigte erlangt durch die Thatsache der Beschädigung ein Recht an dem Tiere, das Recht aus demselben für seinen Schadensanspruch befriedigt zu werden. Denn dies ist das Minimum, welches ihm in jedem Falle gewährt werden muss; nach der oben gekennzeichneten Auffassung der Quellen scheint es notwendige Konsequenz, anzunehmen, dass der insolvente Herr des Tieres, wenn der Schade geringer ist als dessen Wert, nicht befugt

Digitized by Google

ist, wenn er einmal erklärt hat, das Tier vertreten zu wollen, nun dasselbe etwa zu veräussern und damit den Schadensanspruch illusorisch zu machen. Denn er haftet nach dieser Erklärung zwar selbst, aber er haftet doch als Vertreter des Tieres, welches den Schaden herbeiführte, und mit dem Tiere (ex re). Dies Recht des Geschädigten ist bis zur Erklärung des Herrn ein provisorisches, eine Anwartschaft (analog dem Warterecht des Erben); durch die Ablehnung der Vertretung verwandelt es sich in ein definitives Recht auf das ganze Tier. Der Beschädigte erwirbt es also nicht durch Okkupation desselben als einer res nullius, sein Recht daran ist mit dem Augenblicke der Entäusserung begründet, nicht erst mit seiner Besitznahme, er okkupiert es vielmehr auf Grund seines schon begründeten Rechtes. Das Tier kann daher durch die Entäusserung des Herrn gar nicht herrenlos werden, es gehört von da an dem Beschädigten. Ein ausdrückliches Zeugnis hierfür haben wir im Berliner Stadtb. S. 102. Hier heisst es nach Wiedergabe von Ssp. II 40. § 1. 2:

> Doch nemmen id di heren met unrechte vor versaket und afrynnich gut, alse nu zede is in deme lande.

Das Stadtbuch fasst also den Ssp. in dem Sinne auf, dass die Dereliktion des Herrn in unserem Falle nicht die Wirkung hat, wie wenn sonst Jemand eine Sache preisgiebt, oder wenn eine Sache sich findet, zu der kein Eigentümer bekannt wird; es tritt auf Grund dieser Auffassung der eingerissenen Unsitte als einer rechtswidrigen entgegen, dass die Territorialherren, vielleicht auch die Stadtobrigkeit, ein vom Herrn schadenshalber derelinquiertes Tier als herrenlos und ihnen verfallen ansehen und für sich in Anspruch nehmen.[1])

Es bedarf keines Wortes darüber, dass der Ausdruck der Quellen: dass im Falle der Dereliktion der Eigentümer durch Ausübung derselben sich befreie, zwar ihrer Auffassung durchaus entspricht, aber ein juristisch inkorrekter ist. Wir müssen vielmehr sagen: Der Herr eines Tieres haftet für den durch dasselbe angerichteten Schaden höchstens bis zum Werte des Tieres oder, wenn dieser grösser ist als der Betrag des Schadens, auf diesen.

4. Die Dereliktion gestaltet sich je nach den Umständen des Falls verschieden.

Ssp. II. 40. § 1. 2; Gosl. Stat. 43, 1; Rechtsb. n. Dist. II. 8.

---

[1]) Implicite ist der genannte Grundsatz auch schon ausgesprochen, wenn der Ssp. und andere Quellen immer nur von dem Verletzten sagen, er dürfe sich des Tieres „unterwinden“; damit ist das Recht eines Dritten hierzu ausgeschlossen.

Digitized by Google

1, 9. 4; Purgoldt IV. 10. 13; Syst. Schöffenr. III. 2. 123; Magdeb.-Bresl. R. v. 1261 § 76; Magdeb.-Görl. R. v. 1304 Art. 128; Stendal. Urteilsbuch XVII; Hamb. R. v. 1270 VI. 19 (v. 1292 G. 16. L. 17); Lüb. R. I. 64. II. 153. III. 119. 314. 315; Magd. Blume I. 102; Altdithmars. R. v. 1447 § 105; Billwärder Recht (bei Lappenberg, Hamb. Rechtsquellen S. 323 ff.) Art. 67; Gothaer Stadtr. (Purgoldt Buch XI) 114; Statuten von Arnstadt von 1543, 33; Statuta Verdensia (Pufendorf I. App. S. 77 ff.) 111. 112; Stadenser Stat. von 1279 (ebenda S. 163 ff.) Stück V. Art. 18. 19; Statuten von Greussen von 1556 (bei Walch, Vermischte Beitr. VII. S. 67 ff.) Buch IV. Art. 27; Glogauer Rb. c. 441 (wohl auch 440); Goslar. Rechtsschreiben (bei Bruns Beitr. S. 225 ff.) No. 14; Wend.-Rug. Ldgbr. tit. 177. 11, 93. 2.

Wir können hier auf die klare Darstellung von Behrend (Stendal. Urteilsbuch S. 78 ff.) verweisen und nur kurz die Hauptsachen andeuten.

Der Eigentümer eines Tieres, welches geschadet hat, muss, sobald er Kunde vom Schaden erlangt hat, die Willenserklärung abgeben, ob er es vertreten wolle oder nicht. Einige Stellen sprechen zwar davon, dass er Frist hierzu habe bis nach Anstellung der Klage, damit ist aber nichts Abweichendes bestimmt, wie z. B. Stobbe (Priv.-Recht III. S. 405 zu Note 18) meint. Denn von den bezügl. Stellen enthält Purgoldt IV. 8 offenbar römisches Recht, in Magd.-Görl. R. Art. 128 ist die Klage auf handhafter That erwähnt; hier fällt die Benachrichtigung des Eigentümers mit der Erhebung der Klage zusammen, und diese Fälle haben wohl auch die Goslar. Stat. 43, 1 im Auge; dies scheint mir aus 43, 34 a. a. O. hervorzugehen, wo es heisst, dass wenn das schadende Vieh nicht festgehalten werden kann, und man den Schaden „orkundeliken beklaghede" auf der Were, in die dasselbe gekommen ist, der, in dessen Were es ist, Ersatz zu leisten hat, wenn er das Vieh über Nacht behält. Die Worte ergeben schon, dass hier von keiner gerichtlichen Klage die Rede ist, sondern von einer Anzeige des Geschädigten an den Inhaber der Were als den zur Vertretung Verpflichteten; es ist das in Ssp. II. 47. § 3 erwähnte „bewisen" des Schadens. Der Geschädigte folgt dem entronnenen Tiere, er stellt fest, in wessen Gehöft es sich begiebt und zeigt dem Herrn desselben, wo dies möglich ist, durch Augenschein, leibliche Beweisung, sonst „orkundelik" d. h. mit Beweismitteln, hier Zeugen, versehen, welche die Beschädigung sahen, diese an, schuldigt ihn darum. Darin besteht also das „beclagen", von dem jene Stelle sicher auch nur spricht.

Digitized by Google

Denselben Fall hat auch der Wend.-Rug. Ldgbr. tit. 93, 2 im Auge. Es ist überhaupt zu beachten, dass es sich sehr häufig ereignen wird, dass der Eigentümer erst durch die gerichtliche Klage erfährt, dass sein Vieh Schaden gethan habe, namentlich im Falle der „Bestätigung" desselben.

War das Tier nach dem Schaden wieder in die Were des Eigentümers gekommen, so muss er es nach erlangter Kenntnis austreiben, war es noch nicht wieder hineingekommen, so muss er auf Anzeige des Beschädigten seinen Verzicht erklären, oder darf es, nachdem ihm die Beschädigung sonst bekannt geworden, nicht wieder aufnehmen. Beschreitet der Beschädigte den Weg der Klage, so hat jener vor Gericht die Erklärung abzugeben, oder das Tier eidlich für sich in Anspruch zu nehmen, was seine Haftung zur Folge hat.

Ein Unterschied zwischen dem Schaden contra naturam sui generis (Tötung oder Verletzung eines Menschen oder Tieres) und dem secundum nat. s. g. (Feldschaden) wird nur bezüglich des Beweises gemacht, insofern es bei letzterem erforderlich ist, dass das Tier gepfändet ist, oder dass der Beschädigte die oben erwähnte Schuldigung „mit orkunde" auf der Were, in die das Tier kam, vorgenommen hat, welche bei Tieren, deren Pfändung nicht gelingt, diese ersetzt. Vgl. Behrend a. a. O. S. 80; Ssp. II. 47 § 1—3 und verwandte Stellen.

5. Die Verbindlichkeit des Herrn tritt zurück, wenn das Vieh in der Obhut eines Dritten (namentlich des Gesindes) war, dann haftet vielmehr dieser, „dessen Einwirkungen man den angerichteten Schaden zuschreiben musste" (Schmidt a. a. O. S. 54). (Darüber s. § 24). Vergl. Ssp. II. 40. § 4; III. 49; II. 54. § 5 und die oben citierten Stellen zum Teil. Der Herr haftet hier nur subsidiär[1]) nach den oben angeführten Grundsätzen, also mit dem Rechte, das Vieh zu derelinquieren. Dies scheint jedoch nicht allgemein der Fall zu sein.

a) Gar nicht haften lässt den Herrn Goth. Stadtr. 101, das

---

[1]) Dieser allgemeine Grundsatz liegt in der Bestimmung des Ssp. II. 40. § 4. Es ist den Ausführungen des Reichsgerichts in der Entscheidung vom 30. November 1883 (in Seufferts Archiv Bd. 39. S. 302 fg.) durchaus beizupflichten, dass mit „dem Erfordernis, dass der Knecht flüchtig wird", „nur das allgemeine Erfordernis ausgedrückt sein kann, dass es aus irgend einem thatsächlichen Grunde unmöglich ist, den zunächst haftbaren Hüter der Tiere verantwortlich zu machen und an ihn sich zu halten". Das allgemeine, aus der Stelle abzuleitende Princip ist also, dass der Herr allgemein in subsidium haftet, also auch z. B. bei Insolvenz des Hüters.

Digitized by Google

Lüb. R. nicht für den Fall, dass der das Vieh hütende Knecht entflieht (II. 255). Das Lübische Recht vereint also im Gegensatze zum Ssp. jede subsidiäre Haftung des Herrn; in der Stelle des Gothaer Stadtrechts beruht die Nichterwähnung der Haftung wohl nur auf einer Auslassung. Ganz natürlich erscheint dagegen die Befreiung des Herrn in Fällen, wie dem im Hamb. R. VI. 19. 3 erwähnten, wo jemand ohne Erlaubnis des Herrn dessen Pferd in Besitz nahm und darauf ritt. Wo ein Dritter eigenmächtig sich den Besitz des Tieres anmasst, da erscheint für die Dauer dieses Verhältnisses das Band zwischen dem Herrn und dem Tiere gelöst.

b) Nach Ssp. II. 40. § 4 haftet der Herr auch, wenn er nicht derelinquiert, nur in Höhe des Wertes des Tieres, eine Ausnahmebestimmung, welche sich sonst nirgends findet.

c) Im Gegenteil lässt Ssp. III. 49 und II. 54. § 5 den Herrn auch in diesem Falle auf den ganzen Betrag des Schadens haften. Ich vermag die erstere Stelle, welche auch eine ganz allein stehende bezüglich der Entscheidung ist, nur so zu erklären, dass hier, wie ein Verschulden dessen, „dem der Hund folgt zu Felde", so auch eine Verschuldung des Eigentümers selbst angenommen wird. Was die zweite Stelle betrifft, so erscheint es auffallend, dass hier einmal der Hirte überhaupt nicht haftet, andererseits der Herr des schadenden Tieres nicht die Befugnis hat, dasselbe zu derelinquieren.

Der erste Punkt erledigt sich durch folgende Erwägung: Die Bestimmungen über die Haftung des Hirten für das ihm vorgetriebene Vieh stimmen darin überein, dass er für den Verlust desselben haftet, der durch Diebstahl, Verlaufen der Tiere, Raub durch Wölfe oder Räuber entsteht (Ssp. l. c; Goslar. Stat. 43, 25; Rb. n. Dist. II. 7. 4. 5; Eisen. Rb. III. 55—57; Purg. IV. 50—53. 55; Goth. Stadtr. 107—109. 113; Berlin. Stadtb. S. 103. 105). Seine Aufgabe ist, die Herde zusammenzuhalten und sie gegen Beschädigungen von aussen zu sichern. Dem entsprechend haftet er auch für den Schaden, den die Tiere thun, indem sie auf fremdes Land gehen, oder nachdem sie von der Herde entlaufen sind; Ssp. II. 47. 1. 2; Goth. Stadtr. 107 (entgehet dem hirten das vyhe, das es schaden thut). Das wird hingegen nicht von ihm gefordert, dass er seine Aufmerksamkeit derart auf die Vorgänge innerhalb der Herde richte, dass es ihm möglich ist, einen Kampf zweier Tiere zu verhindern, bei dem das eine vom anderen beschädigt wird; deshalb haftet er hier nicht. Nur soviel Achtsamkeit verlangt das Recht von ihm, dass er wenigstens früh genug auf den Kampf der beiden Tiere aufmerksam werde, um noch dasjenige Tier bezeichnen zu können, welches den Schaden that,

Digitized by Google

Bezüglich des zweiten Punktes ist auf eine, in dem Rechtsb. n. Distinct. II. 7. 6, dem Eisen. Rechtsb. III. 57 und bei Purgoldt IV. 18 ausgedrückte Auffassung aufmerksam zu machen. Hier heisst es von den Eigentümern der beiden Tiere:

> Unde den schaden der on beydersyth geschen ist, den mussen sy glich mit enander ufheben, daz is ihener in siner phlage gehalden had unde einer disser enpern had.

Die Quelle betrachtet das Verhältnis als Kompensation; dafür dass der Eigentümer des schadenden Tieres das beschädigte heilen lassen muss, entgeht dem Herrn des letzteren der Gewinn, den er in der Zwischenzeit davon haben würde. Jedenfalls erscheint dieser Auffassung (welche durchaus nicht in allen Fällen zutreffend ist) die Haftung für die Heilung des fremden Tieres als eine viel mildere, wie die Dereliktion des eigenen. Wenn aber der Eigentümer beim Tode des verletzten Tieres dessen Wergeld zu geben hat, so wird dies in der Regel den Wert des eigenen Tieres nicht übersteigen, eher wird dieser der höhere sein, da das Tier, welches das andere verletzte, das grössere und stärkere von beiden sein wird. Der Eigentümer haftet demnach nicht über den Wert des eigenen Tieres.

6. Der Dienstbote ist dem Herrn wegen des von ihm bezahlten Schadensersatzes regresspflichtig; Gosl. Stat. 44, 5; Lüneburger Stadtr. S. 97; Stend. Urteilsb. XVII.

7. Es haftet, wie bereits bemerkt, der, in dessen Were das Vieh gefunden wird, wenn er sie darin behält, also nicht der Eigentümer als solcher, es kann dies vielmehr auch der Besitzer sein. Derelinquiert der letztere, so „bleibt er jedenfalls ex nexu". Das Recht des Eigentümers wird dadurch nur soweit berührt, als der Derelinquierende den Besitz mit seinem Willen hatte, denn dann kann jener es ja nicht von dem Dritten herausverlangen (Ssp. II. 60. § 1). Ob er von dem Derelinquierenden Ersatz verlangen kann, hängt davon ab, zu welchem Rechte er das Tier diesem übertragen hatte (ob als Pfand, Depositum etc.).

8. Im Falle das Tier secundum naturam sui generis schadete, d. h. also Feldfrüchte abfrass oder zertrat, muss es vom Beschädigten gepfändet werden, um seinen Anspruch zu sichern. Der Eigentümer muss, wenn er sein Vieh auslösen will, nicht nur den Schaden ersetzen, sondern ein für jedes Stück Vieh berechnetes, fest taxiertes Pfandgeld bezahlen, für welches das Vieh jedenfalls haftet. Dieses Pfandgeld hat, wie bereits bemerkt, den Charakter einer Privatstrafe (oben S. 64 zu Note 5). — Ssp. II. 47. § 2. 4; Gosl. Stat. 43, 6; Rb. n. Dist. II. 8. 2; Eis. Rb. III. 61. etc.

Digitized by Google

§ 24.

II. Beschädigung unter Zuthun eines Menschen.

Die Dereliktionsbefugnis hat nicht der, welcher bei dem Schaden, den ein Tier angerichtet hat, mitwirkte, auch der Eigentümer nicht. Der Mitwirkende haftet hier wegen seiner Verursachungsthätigkeit.

So haftet, wer Vieh auf fremden Acker treibt (Ssp. II. 47. § 1), wer als Wagenführer oder Reiter mit dem Vieh Schaden anrichtet (Ssp. II. 40. § 4; Lüb. R. II. 255. III. 315; Hamb. R. VI. 19. 3, 20; Berl. Stadtb. S. 136. 160; Gosl. Stat. 41, 1; Magd. Blume II. 2. 228; Statuten von Greussen IV. 27 u. s. w.).

Es kommt dabei nicht darauf an, ob ihn ein Verschulden trifft, so fasst auch das Reichsgericht in der oben citierten Entscheidung (Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 303 f.) die bez. Ssp.-Stelle auf. Nur das Lüb. Recht II. 255 verlangt dies, und auch Wend.-Rug. Ldgebr. tit. 177. 11 scheint auf diesem Standpunkte zu stehen (vgl. oben § 10. 4 c.).

Natürlich haftet aber der Herr, wenn ihn ein Verschulden trifft, welches für die Beschädigung kausal wurde, unbedingt; arg. e. contr. z. B. Magd. Blume I. 119. Dieser Fall liegt, wie schon erwähnt, jedenfalls auch im Ssp. III. 49 vor: Der Herr hat im Sinne der Stelle wohl Schuld daran, dass der Hund mit dem Begleiter nicht „in benden" zu Felde ging.

Zweiter Abschnitt.

Beschädigung durch gefährliche Tiere.

§ 25.

1. Die Quellen unterscheiden bestimmt von den zahmen Tieren, welcher Begriff sich nicht mit dem des Haustieres deckt, vgl. Ssp. II. 62. § 1; Lüb. R. III. 314, die gefährlichen Tiere, welche gleichfalls ihrerseits nicht mit den wilden identisch sind. Zu den gefährlichen Tieren rechnen sie tückische Hunde, Eber, denen die Hauer nicht ausgebrochen sind, und gezähmte wilde Tiere. Der Ssp. bezeichnet sie als „diere" im Gegensatze zu dem „ve", den zahmen Tieren, besonders den Haustieren (z. B. II. 62. § 2), doch kommt auch für diese einmal „dier" vor (III. 51. § 1). Der Gesichtspunkt, nach welchem diese Unterscheidung getroffen wird, ist der, dass die einen ihrer Natur nach für Menschen und Tiere gefährlich sind, während jene nur ausnahmsweise, gegen ihre eigentliche Natur, eine Tötung oder Verwundung eines Menschen oder

Digitized by Google

Tiere herbeiführen. In diesem Sinne sagt die Glosse z. Weichbild Art. [illegible]: [illegible] aus der Zusammenhang ergiebt, dass mit dem Schaden eben die Verletzung von Menschen oder Tieren gemeint ist.

2. Für den von gefährlichen Tieren angerichteten Schaden haftet der Herr desselben unbedingt. Er kann sich nicht dadurch vom Ersatze befreien, dass er sie nach der Beschädigung herausgiebt, sich ihrer entäussert, sie nicht wieder zu sich nimmt; er ist vielmehr zur Entschädigung verpflichtet, wenn er sie nur bis zu dem Augenblicke, wo sie schadeten, noch nicht herausgegeben hatte, also noch ihr Herr war, als sie schadeten.

Vergl. Ssp. II. 62 § 1. [illegible]

Der Grund der Haftung ist derselbe, wie in den Fällen, wo man für seine Sachen haftet: ein Handeln wider ein Gebot, eine Nichtbeachtung einer Warnung.

Schädliche Tiere, sagen die Quellen, soll man überhaupt nicht halten; sobald man weiss, dass sie schädlich sind, soll man sie entweder töten oder von sich tun (z. B. Purg. IV. [illegible]). Von wilden Tieren weiss ein jeder, dass sie schädlich sind; selbst wenn man sie gezähmt hat, bricht ihre Natur doch wieder hervor. Haustiere sind in der Regel nicht gefährlich, indessen giebt es auch unter ihnen solche. Nicht immer kann aber der Eigentümer dies wissen, dann haftet er auch nicht unbedingt, sondern kann sich, wie bei zahmen Tieren, durch Eidesleistung befreien (Glosse z. Ssp. II. 62). Haben aber die Tiere schon früher Schaden gethan, sind sie „bissig" ([illegible]), oder hat man sie vor dem Richter oder bei dem Herrn als schädliche denunziert, hat er Schaden leiden angekündigt ([illegible]), und der Herr hat sie dann noch weiter behalten, so ist er unbedingt ersatzpflichtig. Es hält jeder solche Tiere auf seine Gefahr. Er haftet daher in jedem Falle, einerlei ob er die Tiere sorgfältig verwahrt hatte oder nicht, und darin geht die Haftung über die für seine Sachen, mit der wir sie verglichen, hinaus. Es kommt auf eine Verschuldung des Eigentümers nicht an, das ihn Vergehende ist das Halten des Tieres an sich, welches als eine gefährliche Handlung erscheint, als eine solche, die eine Gefährdung der Sicherheit in sich schliesst und deshalb unerlaubt ist. So sagt auch die Glosse z. Ssp. II. 62: „der mag nicht ledig werden, von

her wustes vor wol daz es schedeliche waz und ouch durch daz daz vorbotin ist imme rechte."

Das Vorliegen einer warlose in concreto fordert dagegen das Magdeb. Weistum bei Neumann 29 und der Wend.-Rug. Ldgebr. tit. 174.

§ 26.

Anhang.

I. Die rechtliche Natur des Wergeldes.[1]

1. Wir sahen, dass nach dem Rechte des hier vorliegenden Quellenkreises die von dem Verpflichteten zu machende Leistung für eine von ihm verübte Tötung oder Körperverletzung eines Menschen durch eine feststehende Taxe bestimmt wird. Diese Taxe heisst in den meisten Quellen das Wergeld, im Berliner Stadtrechte Manngeld, im Wendisch-Rugianischen Landgebrauch Blutgeld. Die Frage, ob diese Taxe die Natur eines Schadensersatzes oder einer Privatstrafe hat, ist für die vorliegende Abhandlung um so wichtiger, als — wie wir schon Gelegenheit hatten zu bemerken — gerade die Fälle der Tötung und Körperverletzung mit der Folge der Wergeldszahlung hauptsächlich diejenigen sind, an denen in den Quellen die Grundsätze der Verschuldung und des Schadensersatzes entwickelt werden. Wir sagen des Schadensersatzes, denn dass in dem Wergeld ein Schadensersatz enthalten ist, das darf heute als allgemein anerkannt gelten und bedarf eines besonderen Nachweises nicht. Weniger allgemein ist die Uebereinstimmung darüber, ob das Wergeld nur Schadensersatz ist.

Um die Frage beantworten zu können, müssen wir uns zunächst von der römisch-rechtlichen Anschauung losmachen, deren Grundsatz ist: „in corpore libero aestimatio non fit", und welche einen Ersatz nur für Güter kennt, die einen Vermögenswert haben. Diese Anschauung ist eine positiv-rechtliche, von ihr dürfen wir hier, wo es sich um die Erklärung eines anderen positiven Rechts handelt, nicht ausgehen. Dass sie eine im Wesen der betreffenden Rechtsinstitute begründete, eine notwendige sei, dürfen wir um so mehr bezweifeln, als selbst ein bedeutender Romanist sie in neuerer Zeit für eine ungerechtfertigte erklärt hat[2]) und auch das neueste Gesetzesrecht in der „Busse" ein Rechtsinstitut geschaffen hat, welches

[1]) Vergl. Schmidt a. a. O. (Heft 18 dieser Untersuchungen) § 1 ff., bes. § 3.

[2]) Bruns, das heutige Römische Recht § 49, in Holtzendorffs Encyclopädie Seite 410.

Digitized by Google

auf einem dem Römischen Recht entgegengesetzten Gedanken beruht. Dieser Gedanke einer Entschädigung für unersetzlichen Schaden ist also keinenfalls ein in sich unmöglicher, und wenn wir die Frage aufwerfen: ist das Wergeld Schadensersatz? so verstehen wir diesen Begriff in dem Sinne, dass wir darunter auch die Entschädigung für die durch die Tötung und Körperverletzung direkt vernichteten bezw. entzogenen Güter, ja vorzugsweise diese, begreifen und ihn nicht etwa auf den Ersatz derjenigen vermögensrechtlichen Nachteile beschränken, welche infolge der eigentlichen Beschädigung eintreten.

2. Das Wergeld ist ein Institut des Deutschen Strafrechts; nur aus diesem ist es zu begreifen, insbesondere aus dem Kompositionensysteme des Deutschen Strafrechts. Es beruht aber dieses auf der privatrechtlichen Idee, dass derjenige, welcher dem Verletzten Genugthuung leistet, sein Verbrechen gesühnt hat und keine Strafe mehr leidet. Es hängt aber ursprünglich von dem Verletzten ab, ob er seine Genugthuung sich nehmen will, indem er sich an dem Verletzenden rächt und ihn totschlägt, oder ob er sich damit zufrieden geben will, dass derselbe die Verletzung wieder gut macht, den durch dieselbe zugefügten Schaden „bessert“, „büsst“, d. h. repariert. Später tritt die Rechtsordnung zwingend ein, sie nötigt den Verletzten die ihm angebotene Genugthuung anzunehmen, sie verpflichtet auf der anderen Seite den Verletzenden die Genugthuung zu leisten. Diese Genugthuung besteht aber in der Entschädigung des Verletzten, er erhält für das ihm entzogene Gut ein anderes: Geld oder Geldeswert. Auch für eine Verletzung seines Körpers, den Verlust eines Gliedes, erhält er eine Geldentschädigung, es bilden sich für jedes Glied feste Taxen je nach dem relativen Werte desselben für den Verletzten. Ist ein Mensch erschlagen worden, so sind die Verletzten die Mitglieder der Familie, zu der er gehörte, sie haben einen der Ihrigen verloren, er muss ihnen vergolten werden. Dies geschieht, seitdem die für einen Menschen zu zahlende Vergeltung ein für allemal festgesetzt worden, durch Zahlung dieser Summe, welche der Preis des Erschlagenen, sein Wergeld ist. Jeder ist so nach Rang, Geburt und Geschlecht geschätzt. Das Wergeld ist auch zu zahlen, wenn die Tötung ohne Willen, z. B. durch ein Kind geschah. Nur wenn der Thäter dabei einen bösen Willen, eine Feindseligkeit und Hinterlist bewiesen hat, begnügen sich die Verwandten nicht mit dem Werte des Erschlagenen, sie beanspruchen noch eine Sühne für diese Böswilligkeit, und der Thäter hat eine Summe zu zahlen, die in einem Mehrfachen des Wertes besteht.

Digitized by Google

Es ist hiernach allerdings richtig, wenn Wilda behauptet, dass neben dem Schadensersatz bei den Bussen auch die Idee der Sühnung des gegen jemand begangenen Unrechts in Betracht kam, aber daraus folgt doch noch nicht, dass diejenige compositio, welche die dem ganzen Systeme, wenigstens soweit es sich um Totschlag und Körperverletzung handelt, als Einheit zu Grunde liegende ist, einen über den Ersatz hinausgehenden Zweck hat. Es ist vielmehr, wie Böhlau[1]) treffend bemerkt, „die Auffassung der Busse als emenda die allein richtige und die entgegengesetzte Behauptung von der Grundidee der Busse eine Verwechselung von Veranlassung und Zweck". „Veranlassung jeder Busszahlung war ja freilich ein Ver„brechen; wer Busse zahlte, bekannte ein Verbrechen. Deswegen „war aber noch nicht die Grundidee der Busse die eines Be„kenngeldes der Schuld!" Zweck für Busszahlung war vielmehr „besserung", Schadensersatz. „Die Sitte hatte sich dahin ausgesprochen, dass auch unersetzliche Güter in Geld geschätzt werden könnten". — „Die Bussen waren Besserungen des unersetzlichen Schadens, der nach der Ansicht der Zeit taxabel war" (a. a. O. S. 83). — Sagt doch selbst Wilda (Strafrecht S. 314), dass die Busse in soweit, als durch die Busszahlung der Verlust an Leibesgesundheit gewissermassen ausgeglichen wurde, „eine Art Schadensersatz" war, von dem sie sich aber dennoch dadurch unterscheide, dass sie für Güter gegeben worden sei, „die keinen Verkehrs- oder Marktpreis hatten, wenngleich eine rechtliche Schätzung und Wertbestimmung derselben stattfand." Nun, wenn diese Güter in Geld geschätzt, danach in ihrem Werte bestimmt wurden, so hatten sie eben doch einen Verkehrspreis, waren sie taxabel. Gilt aber das obige von der Busse der Volksrechte allgemein, wie Böhlaus Ausführungen sehr wahrscheinlich machen, so gilt es jedenfalls vom Wergelde. So sagt denn auch Wilda, obgleich er über ein Schwanken zwischen der Eigenschaft des Wergeldes als Sühngeld oder als Schadensersatz nicht hinauskommt, weil er eben den Begriff des Schadens zu eng fasst: „Je mehr die Sühne der Rache und Fehde an Bedeutung verlor, um so mehr konnte sogar die andere mehr civilrechtliche Seite mehr hervortreten" (a. a. O. S. 551), ja er beweist dies eigentlich wider Willen völlig, wenn er fortfährt: „Dass wir das Wergeld bei Tötungen, die nur durch ein Ungefähr herbeigeführt waren, mehr als Schadensersatz zu betrachten haben, geht . . . daraus hervor, dass nach germanischen Satzungen in dem

[1]) Novae constitutiones pp. Beilage VI. S. 71.

Digitized by Google

Fall, wo durch gleiche Veranlassung eine fremde Sache zerstört oder beschädigt war . . ., nur das capitale ersetzt, nicht aber Busse gegeben werden sollte", u. s. w. Auch Schmidt (a. a. O. S. 13 f. 16) muss zugeben, dass das Wergeld in den Fällen der „nolendo" geschehenen Tötungen reiner Ersatz sei. Es ist u. E. ein Widerspruch, wenn er trotzdem dem Wergelde den Charakter der Strafe und des Ersatzes vindiziert (ebenda S. 16). Denn mit jenem Zugeständnis wird doch im wesentlichen die hier vorgetragene Ansicht bestätigt. Man vergleiche auch die, wohl noch nicht genug beachteten, Ausführungen von Böhlau a. a. O.

3. Die Gründe, welche für die Periode der Volksrechte den Charakter des Wergelds als eines Ersatzes wahrscheinlich machen, gelten ebenso für die Zeit der Rechtsbücher.

a) Hier, wo die absichtliche Tötung mit öffentlicher Strafe belegt ist, beschränkt sich das Gebiet des Wergelds auf die Fälle der absichtslosen Tötung, ja es wird auch gezahlt bei schuldloser Tötung, wie wir gesehen haben.

Es ist nun aber ganz unerhört, dass bei einer schuldlosen Handlung eine Privatstrafe gezahlt wird; die Beispiele, welche John (a. a. O. § 6) für Bestrafung unabsichtlicher Rechtsverletzungen anführt, beziehen sich einmal doch nur auf Handlungen, welche entschieden als fahrlässige, und zwar, was zu beachten, als Verletzungen obrigkeitlicher Anordnungen bezeichnet werden, erklären sich sodann, da sie sich nur in Stadtrechten finden, aus den in diesen prävalierenden polizeilichen Gesichtspunkten. Aehnlich sind die Verbannungs- und Geldstrafen bei unvorsätzlichen Totschlägen in einigen Stadtrechten, als Folgen der Verletzung des Stadtfriedens zu erklären (Frauenstädt, S. 92 N. 9; Stat. v. Greussen von 1556 Buch IV. Art. 31 (Walch VII); Braunschw. Stadtr. Echteding 29. 179, bei Hänselmann). Es bleibt der Grundsatz bestehen, dass die Busse, welche in den Rechtsbüchern und später, reine Privatstrafe ist, nur bei absichtlichen Handlungen bezahlt wird. Der Ssp. bietet auf jedem Blatte dafür Beweise; das Wergeld ist also hier lediglich Schadensersatz.

b) Dafür spricht auch die Ausdrucksweise der Quellen.

An zahlreichen Stellen heisst es, man habe den Getöteten zu „gelden, alse sin wergelde stat", man solle mit seinem Wergeld „dat irleghen", ihn mit seinem Wergeld verbessern u. s. w.; der festbestimmte Wert gewisser Tiere wird als ihr Wergeld bezeichnet; Schadensersatz und Wergeldszahlung überhaupt stets einander gleich gestellt.

c) Das Wergeld erscheint aufs schärfste getrennt von der

Digitized by Google

Busse, so dass diese ausdrücklich als etwas ganz verschiedenes neben dem Wergeld erscheint (z. B. Ssp. III. 45, III. 48).

4. Nach alledem dürfen wir das Wergeld für die vorliegende Periode mit Grimm (Rechtsaltertümer S. 658), Böhlau (a. a. O.), John (a. a. O., z. B. S. 42) u. anderen[1]) als eine Entschädigung auffassen, eine Ersatzleistung allerdings von eigentümlicher Art, welche ihren strafrechtlichen Ursprung nicht verleugnet. Daher steht es auch zum Teil unter Grundsätzen, welche den heutigen Sätzen über den Schadensersatz nicht entsprechen, welche aber darum noch nichts für den Charakter des Wergelds als einer Busse im engeren Sinne beweisen, indem sie sich vielmehr aus jener angedeuteten Eigentümlichkeit erklären.

a. Dahin gehört, dass bei absichtlicher Tötung der Thäter wohl bestraft wird, aber kein Wergeld, keine Entschädigung irgend welcher Art zahlt. Der Ssp. und die ihm folgenden stehen eben hier noch ganz auf der Stufe der Volksrechte, ja thatsächlich herrscht dieser Standpunkt bis in die Receptionszeit. Es ist derselbe gegeben mit der privatrechtlichen Auffassung des Totschlags, wie sie bis zur CCC. ungeschwächt bestand, teilweise dieselbe noch überdauerte. Man vergleiche die durch zahlreiche Zeugnisse unterstützte Darstellung von Frauenstädt (Blutrache und Totschlagsühne), z. B. S. 93 ff. 99. 101 f. Die Verwandten des Getöteten konnten, wenn sie wollten, sich mit dem vorsätzlichen Totschläger vergleichen und sich von ihm zahlen lassen, was sie fordern wollten, wobei dann wohl das Wergeld zu Grunde gelegt wurde, so lange es noch in praktischer Geltung war (Frauenstädt. S. 136).

Dass diese private Ausgleichung das ganze Mittelalter hindurch die Regel war, ja durch die Gerichte befördert wurde, zeigt Frauenstädt a. a. O., z. B. S. 102 zu No. 25. S. 132 No. 38. „Das Mittelalter legte das Hauptgewicht auf die der beleidigten Familie durch den Todtschlag zugefügte materielle Beschädigung". Man liess sich den Toten bezahlen.

b. Auffallend muss es ferner erscheinen, dass neben dem Wergelde stets das Gewette bezahlt wird und darin Wergeld und Busse im engern Sinne einander gleichstehen (Ssp. III. 32. § 10). Aber daraus darf man doch noch nicht mit John (a. a. O. S. 42) schliessen, dass die unabsichtliche Verletzung, für die das Wergeld gezahlt wird, als eine solche aufgefasst werde, „durch welche der ganze Rechtszustand Schaden genommen" habe, denn die Wette wurde

---

[1]) Nicht ganz klar spricht sich aus Göschen, Gosl. Statuten S. 346. 354, ebenso wenig Hälschner, Brandenburg.-Preuss. Strafrecht Bd. I. S. 46. 47.

Digitized by Google

auch ohne jede subjektive Verschuldung bezahlt (z. B. Planck a. a. O. I. S. 143), sie stand, und das ist wohl zu beachten, dem Richter als ein derart privatrechtlicher Anspruch zu, dass er darauf verzichten konnte, sie nicht, wie es sein müsste, wenn sie eigentliche Strafe wäre, zu fordern brauchte (of he it vorderen wel, Ssp. III. 32. 10). Und Böhlau macht sehr treffend darauf aufmerksam, dass nach dem Landfrieden von 1235 und der Anschauung der Folgezeit die Wette als Einnahme des Richters erscheint, wofür die Glosse z. Ssp. „mit ihren vielen Pareneesen an den Richter" den Beweis bietet (a. a. O. S. 84). Vgl. auch Planck a. a. O. I. S. 143.

c) Nur scheinbar gewinnt das Wergeld aus Ssp. II. 65. § 2 strafrechtlichen Charakter. Es soll hier nicht bestimmt werden, dass bei Totschlag eines Kindes allgemein Wergeld gezahlt werden müsse, also auch bei vorsätzlichem, sondern der Ton liegt auf dem Worte „vulle wergelt". Die Stelle findet ihre Ergänzung und richtige Erklärung aus dem Rechtsb. n. Dist. IV. 15. d. 2, wo ausdrücklich gesagt wird: „Slet eyn man eyn kint czu tode von willen he sal dorumbe liden recht gerichte".

d) Unrichtig ist ferner die Behauptung John's (a. a. O. S. 43), dass das Wergeld auf dem Wege der Strafverwandlung in Freiheitsstrafe umgewandelt werde. Wenn er dies aus Richtst. 44. § 4 schliesst, so ist zu entgegnen, dass die hier erwähnte Haft lediglich eine Sicherheitshaft in Ermangelung von Bürgen ist; cf. Ssp. I. 61. § 1. Diese Haft findet gerade so bei jeder Civilschuld statt, vgl. Richtst. 3. § 1 und die in der Ueberschrift dazu citierten Stellen.

e) Kein Beweis für strafrechtliche Natur des Wergelds liegt endlich darin, dass die Erben nicht dafür haften. — Ssp. I. 6. § 2; Gosl. Stat. 6. 36 ff., 7. 5—11 Satz 2. — Denn nach dem Ssp. haften sie für Deliktsschulden überhaupt nicht; die Abweichung, welche sich nach dem Stadtrecht für die Wergeldsschuld ergiebt (vergl. auch oben § 17. III.), kann nicht auffallen, wenn man bedenkt, dass derartige Anomalieen auch die neueste Gesetzgebung kennt, vgl. Reichs-Straf-Ges.-Buch § 30.

f) Durchaus konsequent ist es, dass das Wergeld nicht an die Erben des Getöteten fällt, welche sonst sein Erbe nehmen und welche vermögensrechtlich zunächst durch seinen Tod geschädigt erscheinen. Denn das Wergeld ist ja kein Ersatz für Vermögensschaden, sondern für den Getöteten selbst, und dieser Ersatz fällt an die Familie, denn diese ist durch den Verlust eines Mitgliedes beschädigt. Vgl. Brunner, Sippe und Wergeld, in Zs. f. D. RG. XVI. S. 1 ff. S. 3. 4. — Darum nimmt die Witwe das Wergeld nicht, wenn männliche Erben vorhanden sind. Ursprünglich waren

Digitized by

die Geschlechtsgenossen, die Schwertmagen, wie zur Beisteuer für ein von einem Mitgliede der Sippe verwirktes Wergeld verpflichtet, so auch an dem für dasselbe gezahlte anteilig berechtigt. Ein praecipuum (die Erbenbusse) hatten der Thäter und seine nächsten Hausangehörigen zu bezahlen bezw. erhielten die letzteren, das Uebrige (die Geschlechtsbusse) mussten die anderen Geschlechtsgenossen aufbringen bezw. hatten sie zu beanspruchen.[1]) Diese Art der Verteilung des Wergelds ist in unseren Rechtsquellen nicht mehr erwähnt, sie ist zu der Zeit des Ssp. mit dem Zerbröckeln der Geschlechtsverbände verschwunden; ein Zeugnis für die Altertümlichkeit des in den Bordesholm. und Neumünsterschen Gebräuchen aufgezeichneten Rechts ist es daher, dass sie dieselbe noch kennen. Art. 62 bestimmt, dass zu dem Wergelde „die gesammten Vettern" 40 Mark, der Thäter 20 Mark zu erlegen habe, ebenso bekommen die Vettern 40, des Toten nächste Erben 20 Mark, „und zwar schliesst der Sohn Mutter und Tochter aus." Diese Bestimmung gehört einem praktisch damals kaum noch geltenden Rechtszustande an. Doch kennt allerdings auch das Dithmarsische Landrecht von 1447 § 72 eine subsidiäre Haftung der „nächsten Angehörigen" zur Bezahlung des von ihrem Verwandten Erschlagenen (sie sollen „to tasten und den Mann bezahlen, aber der Thäter haftet für die Friedensbusse").[2]) Im übrigen kennen unsere Quellen nur noch den Satz, dass das Wergeld des Getöteten erst in Ermangelung von Söhnen, bezw. Kindern überhaupt, an die Witwe desselben fällt.[3]) Doch ist hier eine Abschwächung dieses Grundsatzes und eine Annäherung an ein anderes Princip zu bemerken. Der Ssp. berührt die Frage gar nicht. Die Goslarer Stat. 33, 6 sprechen der Witwe bei kinderloser Ehe das Wergeld zu. Die Magdeb. Fragen (III. 1. d. 13) lassen ihr ebenfalls ihr Kind, aber wenn dies nicht vorhanden, den Schwertmagen, welcher die „Mordklage" erhoben hat (also jedenfalls den nächsten), vorgehen, ebenso das Rechtsb. n. Dist. „die Kinder oder die Erben" (I. 41. d. 1). Dagegen giebt dieselbe Stelle als „wichbilde Recht" an, dass die Frau mit den Kindern zusammen das Wergeld nimmt, so lange sie nicht von denselben abgesondert ist, und die Gerichtsleufft zu Eisenach a. 112 geben ihr neben Kindern einen Kindesteil, während sie bei kinderloser Ehe das Wergeld nur erhält, wenn sie sich noch nicht wieder ver-

[1]) Wilda S. 373; Frauenstädt a. a. O. S. 5; Brunner, Sippe und Wergeld in Zs. f. D. RG. XVI. S. 1 ff.

[2]) Vergl. Brunner a. a. O. S. 12. 13. 25. Für die Volksrechte S. 11 f. 46.

[3]) Für die ältere Zeit Brunner a. a. O. S. 13.

Digitized by Google

heiratet hat. Namentlich in der letzten Stelle darf man wohl einen Uebergang zu der Berücksichtigung des von der Witwe erlittenen Vermögensschadens, zu dem Zwecke ihr eine Alimentation zu gewähren, sehen, also zu einem neuen Princip, einer neuen Anschauung, der das Bewusstsein vom ursprünglichen Zwecke des Wergelds abhanden gekommen ist.

5. Das Wergeld erhält sich fast durch die ganze Reihe der norddeutschen Rechtsaufzeichnungen hindurch bis ins 16. Jahrh. Die Frankenhs. Stat. von 1558 IV. 12 kennen es z. B. noch, ebenso der Wend.-Rugian. Ldgebr. für den Fall der Notwehr (tit. 22), insbesondere aber die auf dem Ssp. fussende Praxis Sachsens. Sonst ist in der späteren Zeit die freie Vereinbarung an die Stelle getreten (z. B. Statuten v. Greussen 1556 IV. 31). Ob indessen so früh wie Frauenstädt meint (a. a. O. S. 135 fg.), ist um deswillen zu bezweifeln, weil bei der fahrlässigen, überhaupt der unabsichtlichen Tötung, der Thäter keine Veranlassung hatte, sich auf einen „Handel um den Toten“ einzulassen, da er hier ja niemals sein Leben riskierte und auch vom Gericht nie höher verurteilt werden konnte, als auf das Wergeld.

6. Wie der Mensch selbst, sein Leben, einen Preis hat, so auch seine einzelnen Glieder. Sie werden mit Quoten des Wergelds „verbessert“. Dabei wird natürlich ihr verhältnismässiger Wert für den Menschen berücksichtigt. So ist die Hälfte des Wergeldes zu zahlen für Mund, Nase, Augen, Zunge, Ohren, für Hände und Füsse. Jeder Finger und jede Zehe wird mit dem zehnten Teil des Wergelds vergolten (Ssp. II. 16. § 5. 6). Der Entschädigungscharakter wird auch hier deutlich. Er tritt z. B. aus Ssp. II. 16. § 9; 20. § 2 hervor. Danach erhält derjenige, welcher an einem Gliede bereits verwundet war und für dasselbe das darauf gesetzte Wergeld erhalten hat, für die neue Verwundung desselben Gliedes kein Wergeld mehr, sondern nur noch Busse, Privatstrafe. — Auf vorsätzliche Verwundung steht auch hier öffentliche Strafe, Ssp. II. 16. §. 2. Die citirten §§ 5 und 6 handeln daher jedenfalls von der unvorsätzlichen Verletzung, so fasst es wenigstens die Glosse auf, wenn sie zu den Worten des § 2 bemerkt:

> Hie saget er von des that die mit fürsichtigkeit geschicht und in frevel, dem theter sol man die handt abschlahen;

während sie zum § 5 erläutert:

> Dis helt man als es im text hie stehet, also obs geschicht von verwarlosung.

Jedenfalls spricht die Stelle, wie die Worte „wirt die man dar an gelemt unde sal man't ime beteren“ beweisen, von solchen Fällen,

Digitized by Google

wo keine öffentliche Strafe eintritt, sondern, entweder gerichtlich bei Unabsichtlichkeit, oder aussergerichtlich, wenn die Parteien sich vergleichen, die Glieder „bezahlt" werden.

Das Wergeld für Körperverletzungen findet sich in den Quellen in demselben Umfange, wie für Tötungen. Bemerkenswert ist, dass auch die Neumünster.-Bordesholm. Gebr. Art. 48 dasselbe kennen.

II. Das Schmerzensgeld.

Das Rechtsb. n. Distinct. bestimmt, IV. 4. d. 2: „Slet eyner den andern undankes von ungeschicht .... der sal ome sine smerczen mit 30 schillingen irlegen", und d. 3 sagt ebenso für den Fall der Notwehr: „so vil lede er smerczen, den muste er erlegen".[1])

Purgoldt IV. 24 bestimmt sodann, dass der, welcher eine Grube macht und dieselbe nicht einhegt, wenn ein Blinder hineinfällt, diesem ausser dem anderen Ersatz auch für seine Schmerzen etwas zu geben habe.

Diese Leistung kann, da sie bei fahrlässiger und bei unabsichtlicher Handlung allgemein zu zahlen ist, so wenig wie das Wergeld den Charakter einer Privatstrafe haben, es ist vielmehr ein Ersatz, eine Entschädigung für den ausgestandenen Schmerz durch „Verursachung einer angenehmen Empfindung". Es scheint selbstverständlich, dass dieses Schmerzensgeld, obgleich von derselben Höhe, wie die Busse, doch keine Busse im engern Sinne ist, die Busstaxe ist nur zu diesem Zwecke verwertet. Nach dem obigen ist Stobbe, D. Privat-Recht III. S. 417. N. 26 zu berichtigen.

Das Schmerzensgeld der Neumünster-Bordesholm. Gebr. Art. 52 hat jedenfalls die CCC. zur Quelle.

III. Die Notwehr.

Wergeld wird nach den Quellen nicht gezahlt, wenn der Thäter zur Verletzung berechtigt war. Dies ist aber der Fall in einer zweifachen Reihe von Fällen.

1. Dann, wenn der Verletzte als ausser dem Rechte stehend gedacht ist. So der auf der That oder der Flucht von der That ertappte Friedebrecher (Ssp. II. 69), der von dem Ehemann auf der That bei seinem Weibe gefundene Ehebrecher (Rb. n. D. IV. 11. 2; Lüneb. Stadtr. 65, 8), der nächtlich in ein fremdes Haus

---

[1]) Die Funktion eines Schmerzensgeldes hat jedenfalls auch die bei unabsichtlicher „Blutrunst" zu zahlende „slechte busze", welche Rb. n. Dist. IV. 1. d. 3 in Gegensatz zur „frevelz busze", der Busse als Privatstrafe für absichtliche Verletzung, setzt.

Digitized by Google

Einsteigende (Blume d. Magd. R. I. 128). Diese Fälle bezeichnen auch wohl die Stellen, welche von einer Tötung „mit rechte“ sprechen (z. B. Gosl. Stat. 11, 38. 49, 17). Vergl. auch Grimm RA. S. 742 ff. In diesen Fällen geniesst eben der Verletzte keinen Rechtsschutz, er ist (quasi) vogelfrei, seine Tötung gerade so erlaubt, wie die eines wütenden Hundes.

2. Ein zweiter Fall ist der der Notwehr. Es bedarf keines Wortes mehr darüber, dass die Quellen das Recht der Notwehr, also die Erlaubtheit der Tötung oder Verletzung in Notwehr anerkennen. Auch auf die Erörterung der Stellen des Rechtsb. n. Dist. und der späteren auf dem Ssp. fussenden Stellen des sächs. Rechts, z. B. Magdeb. Bl. I. 125. 153, können wir hier verzichten, denn, wenn sie im Gegensatze zu den anderen Quellen auch bei der Notwehr Wergeldszahlung von dem Thäter verlangen, so gründen sie sich eben darin auf den Ssp. II. 14.[1]) Es kann also nur darauf ankommen, ob sie sich auf diese Stelle mit Recht oder nur aus Missverständnis berufen. Ist ersteres der Fall, so ist in dem vorliegenden Quellengebiete eine doppelte Richtung zu konstatieren, deren eine um so mehr Bedeutung gewinnt, als sie vom Ssp. ihren Ausgang nimmt; haben wir das zweite anzunehmen, so kann dieser missverständlichen Auffassung die Qualität einer ursprünglich deutschrechtlichen und daher auch eine selbständige Bedeutung keineswegs zugesprochen werden. Es liegt also das ganze Gewicht auf der erwähnten Stelle des Ssp.

Dieselbe hat die verschiedensten Erklärungen erfahren. Sehen wir von der längst überwundenen, dass sie vom Notwehr-Excesse

---

[1]) Wenn der Wendisch-Rugianische Landgebrauch tit. 21 al. 1 auch für den Fall der Notwehr den Totschläger verpflichtet, „den Erschlagenen zu söhnen mit 60 Mark“ und wenn eben so die Bordesholmer Amts- und Neumünsterschen Kirchspiels-Gebräuche Art. 62 von dem sich auf Notwehr Berufenden, wenn ihm der Beweis derselben gelingt, verlangen, dass er sich „mit des entleibten Freunden aussöhne“, so lässt sich die Auffassung dieser Quellen auf eine direkte Einwirkung des Ssp. allerdings nicht gründen. Es scheint hier vielmehr eine selbständige Rechtsentwickelung vorzuliegen. Zur Erklärung mag dienen, was bezüglich Holsteins Frauenstädt (a. a. O. S. 13 ff.) über die dort bis zum höchsten Gipfel gesteigerte Blutrache und Fehde sagt; bezüglich Rügens erklärt Matthäus von Normann die von ihm angeführte Bestimmung selbst so: „Undt wenn idt de Olden nicht also hedden geholden, so wehre Mordes und Dothschlages in Ruigen neen Ende edder Uphörent gewesen“. — Wir sehen also in der Bestimmung einen der, freilich meist vergeblichen, Versuche, durch strenge Bestimmungen die Sitte, welche so leicht zum Schwerte greifen liess, zu unterdrücken.

Digitized by Google

spreche, ab, so ist die von Levita zu erwähnen. Er erklärt[1]) die Wergeldszahlung daher, dass der Totschläger nicht bei dem Toten geblieben ist, und knüpft diese Bestimmung an die schon im fränk. Rechte (Lex Rib. tit. 77) aufgestellte diesbezügliche Forderung. Hiergegen hat mit Recht John polemisiert (a. a. O. S. 335. 337). Seine eigene Ansicht ist indes um nichts annehmbarer. Er wendet auch hier seine Theorie von der gefährlichen Handlung an und behauptet, der Ssp. fasse die Notwehr als „Handhabung gefährlicher Werkzeuge auf mit dem Erfolg der tödtlichen Verletzung". Dies habe genügt, um sie den kulposen Rechtsverletzungen gleichzustellen. „Das ganz Unwesentliche und bloss Zufällige ist zu einem wesentlichen Merkmal erhoben, dagegen das wirklich Wesentliche, das Handeln in einem Zustand der Not, der Unfreiheit, wo nicht gänzlich übersehen, so doch jedenfalls ohne entscheidenden Einfluss auf die rechtliche Beurteilung geblieben". Es ist dies eine Konsequenz der John'schen Theorie, welche recht geeignet ist, dieselbe als eine unmögliche erscheinen zu lassen. Wie sehr gerade das Handeln in einer „Not" im Deutschen Rechte von Einfluss ist, ist bekannt; es möge aber hier nur an die Stellen erinnert werden, welche von der Notwehr gegen Tiere handeln.

Eine dritte Ansicht hat Planck aufgestellt.[2]) Er leugnet, dass allgemein bei der Notwehr Wergeldszahlung im Ssp. verlangt werde. Indem er von dem jedenfalls feststehenden Satze des Ssp. II. 69 ausgeht, dass die Verletzung eines Friedebrechers bei der That, also auch die seitens des gegen ihn in Notwehr Befindlichen, weder Wergeldszahlung noch sonstige Folge nach sich ziehe, legt er das Gewicht auf die Beweisfrage. Der Ssp. II. 14 behandle den Fall, wo der in Notwehr getötet habende, welcher den Leichnam des Erschlagenen nicht habe vor Gericht bringen können, den Weg des Erbietens zu Recht betrete, um der Klage der Verwandten zuvorzukommen, d. h. sich zur Zahlung des Wergelds an dieselben erbiete. Zur Wahl dieses Weges könne ihn sowohl die Unzuverlässigkeit seiner Zeugen, als die Furcht vor der Privatrache der Verwandten bewegen, und ihn dazu treiben, durch das Angebot des Wergelds sich den Frieden zu erkaufen (S. 817). — Diese Ansicht erscheint mir so wohl begründet, dass sie allein das richtige trifft.

Nur einen Einwand möchte ich erheben: „Bekennen" heisst allerdings sonst zugestehen, dass man schuldig sei wegen des eingeräumten Thuns; aber was bekennt der hier (Ssp. II. 14. § 1) sich Erbietende?

---

[1]) Das Recht der Notwehr S. 126. 127.

[2]) Gerichtsverf. 1. S. 800. 801 ff. 815. 816 ff.

Digitized by Google

doch nichts anderes, als was er gethan, nämlich, dass er den andern „durch not to doden“ geschlagen; er bekennt sich also doch nicht schuldig, denn deswegen ist er nicht schuldig.

Aber er sagt: Ich kann den Toten nicht vor Gericht bringen, kann ihn nicht des Friedebruchs bereden, die Zeugen, welche bei der That waren, sind lauter Feinde gewesen (daher „sines lives angeste“), sie werden mir die Notwehr nicht bezeugen; aber ich bin jedenfalls nicht darauf ausgegangen, den Mann zu töten, es war dies nicht mein Wille. Wird nun diese Aussage durch das schleunige Erscheinen des Thäters vor Gericht, ehe hier noch etwas von seiner That bekannt geworden, unterstützt, gewinnt sie ferner an Glaubwürdigkeit, ja steigert sie sich zur Gewissheit dadurch, dass die Verwandten des Erschlagenen nicht unter Vorbringung des Toten den Thäter beschuldigen, vielmehr vorkommen, um das angebotene Wergeld zu nehmen, oder gar nicht erscheinen, dann ist, trotz des Mangels eines formellen Beweises, doch soviel jedenfalls erwiesen, dass es sich um keine böswillige Tötung handelt.[1]) Dagegen spricht zu deutlich das Verhalten der Magen, welche gewiss nicht zögern würden, Sühne für ihren erschlagenen Verwandten zu fordern, wenn er vorsätzlich getötet wäre. Man denke nur, wie heilig die Pflicht der Blutrache war! Sie wollen also oder können einen vorsätzlichen Totschlag nicht erweisen; da aber die Thatsache der Tötung feststeht, so wird diese mangels weiteren Beweises als eine unvorsätzliche angesehen und demgemäss mit der Wergeldszahlung gebessert.

[1]) So fasst den Fall auch wohl Görl. Landr. 39. § 7 auf, welches den Ssp. wiedergiebt, ohne zu erfordern, dass eine Tötung „durch not“ vorliege.

Druck von E. Gruhn in Warmbrunn.

Digitized by Google

Untersuchungen

zur

Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte

herausgegeben

von

Dr. Otto Gierke,

Professor der Rechte an der Universität Heidelberg.

XX.

Die Grundelemente der altgermanischen Mobiliarvindication.

Eine rechtsgeschichtliche Studie

von

E. Hermann,

Gerichtsassessor a. D.

Breslau.

Verlag von Wilhelm Koebner.

1886.

Digitized by Google

Die Grundelemente

der

altgermanischen Mobiliarvindication.

Eine rechtsgeschichtliche Studie

von

E. Hermann.

Breslau.
Verlag von Wilhelm Koebner.
1886.

Digitized by Google

Vorrede.

Die nachstehende Abhandlung hat jede systematisch professionelle Darstellung der eigentlichen Executionsinstanz der altgermanischen Mobiliarvindication vermieden, und sich in dieser Beziehung lediglich auf gelegentliche Andeutungen beschränkt. Das ist nicht geschehn, weil der Verfaßer übersehn hätte, daß auch dies Stadium zu den „Grundelementen" jenes Processes gehört, sondern nur deshalb, weil er sich in dieser Hinsicht von den Quellen im Stiche gelaßen sieht. Es laßen sich hier schlechterdings nur Hypothesen aufstellen, die niemals zu anfechtungsfreien Ergebnißen zu erheben sind, weil die „Natur der Sache", die dem Verfaßer so oft als Leitstern gedient hat, grade auf diesem Punkte sehr widersprechenden Möglichkeiten Raum giebt.

Zu seinem Bedauern hat der Verfaßer V. Ehrenbergs Besprechung von Thévenins kleiner Schrift „Contributions à l'histoire du droit germanique" in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, German. Abtheilung, Bd. III (Weimar 1882, 8°), SS. 228 bis 32, erst kennen gelernt, nachdem der Druck vorliegender Abhandlung nahezu vollendet war. Er würde aber unter allen Umständen nur haben constatiren können, daß Ehrenberg durchgehends Thévenin zustimmt, daß er, der Verfaßer selbst jedoch darin von Ehrenberg abweicht. Nach Ansicht des Verfaßers gehn Thévenins Deutungen der Worte Arramition und Fistuca und seine Erklärungen der Rechtswirkungen dieser Dinge sowohl sprachlich wie sachlich von falschen Voraussezungen aus. Betreffs der Fistuca ist das inzwischen auch schon durch Heuslers vortreffliche Auseinandersezungen über Ursprung und Weiterentwicklung dieses Instruments, die Thévenin weit überholt haben, unwidersprechlich dargelegt. Betreffs der Arramition aber haben Sohm und dessen Vorgänger der Wahrheit schon näher gestanden, wie Thévenin. Sie haben namentlich darin gegen Thévenin und Ehrenberg Recht, daß sie in den Worten Arramition, arramire u. s. w. einen wirklich technischen Ausdruck von ganz bestimmtem Gehalt sehen; und bei Sohm erscheint das Bild der

Digitized by Google

Sache nur dadurch bedenklich verschoben, daß er die Arramition zugleich zu jenem naturwidrigen Dinge macht, das er „Formalact" nennt. Hätte sich Thévenin darauf beschränkt, Sohm auf diesem Punkte zu bekämpfen, so würde der Verfaßer ihm ebenfalls beigetreten sein; da Thévenins Polemik dagegen selbst bis zu den rein sprachlichen Grundlagen von Sohms Ausführungen vorgedrungen ist, so läßt sich ihr — nach Ansicht des Verfaßers — nicht mehr zstimmen. Die volle systematische Widerlegung Thévenins lag natürlich außerhalb der Bahn dieser Abhandlung; sie hätte das Eingehn auf alle die zahlreichen Urkundenstellen erfordert, die Thévenin angezogen und interpretirt hat. Der Verfaßer fühlt sich aber doch in der Lage, die auf dem genausten Quellenstudium beruhende Überzeugung auszusprechen, daß unter allen jenen Stellen sich keine findet, deren Deutung nicht am besten geriethe, wenn man die Arramition als processuale Sicherstellung, Fixirung dessen betrachtet, was der Arramirende zum Fortbetriebe des Processes, bez. zum Austrage des Rechtsstreites zu thun hat. Und zwar will Fixirung hier verstanden sein sowohl als unabänderliche Festsezung des Themas der weiteren Verhandlung, wie auch als vermögensrechtlich obligatorische Sicherstellung des Fortbetriebs des Rechtsstreits durch den Verpflichteten. Beide Seiten der Arramition werden auch bei der Arramition deutlich sichtbar durch den Gebrauch der Fistuca und der vermögensrechtlichen Caution; ersterer ist eben die Fixirung des Verhandlungsthemas, lezterer die processual obligatorische Fixirung, daß die Verhandlung statthaben werde.

Eine dritte Bemerkung, die hier endlich noch anzuschließen ist, betrifft den äußerst schwierigen Schluß der englischen Rechtsquelle William, I. 21, die S. 105 f. und S. 109 f. dieser Abhandlung benuzt ist, um daraus zu beweisen, daß die Niederlegung der geanefangten Fahrhabe beim Sequester dem germanischen Rechte im allgemeinen nicht bekannt ist. Der Beweis ist schon so, wie er an den bezeichneten Stellen geführt ist, unanfechtbar; je länger der Verfaßer über den Wortsinn des entscheidenden Sazes nachgedacht hat, desto klarer ist ihm aber geworden, daß er ihn S. 105 f. u. S. 109 f. nicht vollkommen richtig dargelegt hat. Es muß daher um so mehr gerechtfertigt erscheinen, daß hier nachträglich eine bessere Interpretation gegeben wird, weil dadurch zugleich die Evidenz der Thatsache, welche der Saz beweisen soll, nicht unerheblich erhöht wird. Daß der Verfaßer aber mit einer solchen Selbstverbesserung hier nachgehinkt kommt, mag in diesem Falle Entschuldigung finden. Der betreffende Saz gehört wirklich zu den räthselhaftesten Aussprüchen der angelsächsischen Rechtsquellen. Er lautet:

Digitized by Google

„En Westsexene-lahge ne vocherad il mié sun guarant devant iceo qu'il seit mis en guage. En Dene-laghe mettrad l'om l'aveir en vele main, de ici qu'il seit derehdned; et s'il pot prover, que ceo seit de sa nureture par de treis parz de sun visned, si l'averad derehdned; car puis que le serment lui est juged, ne l'en pot l'om puis lever par le jugement de Engleterre".

Das besagt wörtlich:

„Nach wessexer Recht hat der mittelst Anefangs belangte Inhaber seinen Gewährsmann nicht eher zu nennen, als bis der Anefänger durch Eid und Bürgschaft ihn betreffs seines Eigenthumsanspruchs sichergestellt hat. Nach dänischem Recht hat man das geanefangte Thier einer Welahand auszuliefern, damit sie von dorther vindicirt werde; und wenn man dann mit drei Nachbarzeugen beweisen kann, daß man das geanefangte Thier selbst aufgezogen hat, so hat man es vindicirt. Denn nachdem einem dieser Beweis zuerkannt ist, kann man ihm das geanefangte Thier nicht mehr im Wege des englischen Verfarens abnehmen".

Die Welahand des lezten Sazes ist zweifellos der Sequester. Die Überlieferung an den Sequester tritt nach unserem Saze an die Stelle des Gewährschaftszuges, den die lezten Worte „le jugement de Engleterre" nennen. Anstatt einen Gewährsmann zu nennen, wie es der Inhaber nach wessexer Recht muß, sobald er gehörig „engagirt" ist, giebt das dänische Recht dem Inhaber die Befugniß, das geanefangte Thier einem Treuhänder (wela-hand, Depositar) auszuhändigen, der sonst in keinerlei Rechtsbeziehung zur Sache steht, sondern sie dem Kläger wie Beklagten gegenüber als völlig Unparteiischer (manus aequalis, even-hand) hinnimmt. Offenbar hat aber nicht bloß der Inhaber das Recht, durch Übergabe an den Sequester die Entscheidung auf originären Erwerb zu stellen, und so den Gewährschaftszug, das „jugement de Engleterre" abzuschneiden, sondern dem vindicirenden Anefänger steht dasselbe Recht zu. Daher wahrscheinlich die peinigende Unbestimmtheit des Ausdrucks „mettrad l'om l'aveir en vele main". Auf alle Fälle scheint aus den Worten „puis que le serment lui est juged" zu schließen, daß beide Parteien sich vor dem erkennenden Richter um den Beweis des originären Erwerbs bewerben können; und daß erst die Zulaßung des einen oder anderen zu diesem Beweise das „jugement de Engleterre", die Entscheidung durch Gewährschaftszug, ausschließt. So viel wenigstens laßen die Worte „puis que le serment lui est juged" unter allen Umständen erkennen, daß der-

Digitized by Google

jenige, welcher das Sequesterverfahren [illegible]. Damit noch keineswegs unbedingt den [illegible] Beweis an sich [illegible], sondern, daß dieser durch Urtheil nach vorgängiger causae cognitio eröffnet werden muß. Eben dies Urtheil bildet daher auch die Grenzscheide zwischen Verfahren nach dänischem und Verfahren nach englischem Recht.

Die vorstehenden Auseinandersetzungen ergeben zugleich die Richtigkeit der S. [illegible] f. ausgesprochenen Vermuthung, daß ein bestimmter Zusammenhang zwischen der dänischen Sequestration und dem Beweise originären Erwerbes bestehe. Dadurch bestätigen sie auch meine Behauptung, S. [illegible] ff., daß die [illegible] nach [illegible] germanischem Recht den Character dieses Vertheidigungsbeweises ganz verändert. Das geht auch mit ganz besonderer Evidenz daraus hervor, daß die [illegible] unseres Satzes den [illegible] geradezu als [illegible] die [illegible] nennen.

Ob man in der dänischen [illegible] [illegible] ein [illegible] [illegible] zu [illegible] hat, muß [illegible] bleiben, ist auch für die vorliegende Untersuchung ohne Interesse. Dafür spricht, daß das Gesetz gar keine Angabe darüber enthält, wie die Parteien sich über die Wahl des Sequesters zu vertragen haben; doch mag hier [illegible] alles auf die [illegible] der [illegible] durch [illegible] gestellt sein, von der das Gesetz ja [illegible] schweigt. Ein [illegible] Argument gegen die Annahme, daß die dänische [illegible] ein [illegible] Organ sei, liefert die [illegible] Version, indem sie, wie [illegible], [illegible] durch [illegible] [illegible] [illegible].

Inhaltsübersicht.

Vorrede. (S. I.)

Bücherverzeichniß. (S. V.)

Kap. I: Die juristische Natur der alten Anefangsklage. Die Mittel des alten Eigenthumsbeweises, und die daraus, sowie aus der Natur der alten Anefangsklage folgende Beschränkung der Möglichkeit der Eigenthumsverfolgung bei Fahrhabe.

§ 1. Das altgermanische Recht kennt eine wirkliche Vindication von Fahrhabe. (S. 1.)

Anmk. Ist dem altgerman. Recht bei seinen Bußen bereits das Repressivsystem bekannt gewesen? Ja. Beweis die Dilaturenbuße. (Wesenheit der Dilatur.) (S. 28.)

§ 2. Die altgermanischen Mittel des Eigenthumsbeweises bei Fahrhabe. (S. 32.)

Anmk. I: Gestattet das altgerman. Recht gegenüber Anefang und Intertiation dem Inhaber der Streitsache den Beweis originären Sacherwerbs? Nein. (S. 53.)

Anmk. II: Die Stellung des Gewährsmanns im Anefangsprocesse. (S. 60.)

§ 3. Die Schranken der Verfolgbarkeit des Eigenthums an Fahrhabe. Verschiedenheit des älteren und späteren germanischen Rechts. Muthmaßliche Ursachen der späteren Beschränkung. (S. 67.)

Kap. II: Die einzelnen Abschnitte und Handlungen des praeparatorischen Vorverfahrens.

§ 1. Der Anefang. (S. 86.)

Anmk. I: Es giebt nur einen Anefang, nicht aber, wie Sohm will, einen Anefang als Beginn der Klage und einen Beweisanefang. (S. 92.)

Anmk. II: Der Anefang ist stets Beginn der Vindication; als solcher kommt er aber nicht bloß bei Fahrhabe, sondern auch bei Liegenschaften vor. (S. 94.)

§ 2. Die Intertiation. (S. 98.)

Anmk.: Der Begriff kinu-werdunja. (S. 110.)

§ 3. Die Agramition. (S. 112.)

Anmk. I: Bei der Agramition der Lex Salica wird ebenso wie bei dem gerichtlich processualen Gedinge (Arramition) die Fistuca gebraucht. Wesenheit dieses Instruments. (S. 124.)

Anmk. II: Der Inhaber der geanefangten Sache haftet für die gesamte Gefahr, grade wie wenn er die Sache vom Anefänger geliehen hätte. (Legis beneficium.) (S. 128.)

Digitized by Google

Anmk. III: Beim Gewährschaftszuge wird nach der Lex Salica überhaupt nur Marktgeschäft berücksichtigt. Der rechtzeitig geglückten Spurfolge gegenüber aber auch dies nur dann, wenn ausdrücklich der Beweis angetreten wird, daß der Erwerb durch öffentliches Geschäft gemacht ist. (S. 148.)

Kap. III: Das gerichtliche Hauptverfahren.

§ 1. Das Forum der Hauptverhandlung. Die Grundprincipien der germanischen Processverhandlung überhaupt, und die Gestalt der Hauptverhandlung im Anefangsprocess insbesondre. (S 165.)

§ 2. Die Sonnensezung. (S. 170.)

Anmk. I: Bedeutung des Adjectivs jactivus und Wesenheit der Jactivität überhaupt. (Vollstreckbarkeit und Vollstreckungsart.) (S. 179.)

Anmk. II: Erläuterung der Sonnensezungen in Lex Sal., 50. 2 u. 52, sowie dieser Titel der Lex Salica überhaupt. (S. 185.)

Digitized by Google

Bücherverzeichniß.

Albrecht, Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts. Königsberg 1828, 8°.

v. Bar, Das Beweisurtheil des germanischen Processes. Hannover, 1866, 8°.

Behrend, Lex Salica, nebst den Capitularien zur Lex Salica, bearbeitet von Alfr. Boretius. Berlin 1874, 8°.

— Anevang und Erbengewere. Berlin 1885, 8°.

— Zum Process der Lex Salica. (Festgaben für August Wilhelm Heffter. Berlin 1873, 8°, SS. 51—90.)

v. Bethmann-Hollweg, Der germanisch-romanische Civilprocess im Mittelalter, Bd. I. Bonn 1868, 8°.

Boretius, Capitularia Regum Francor., Tom. 1 (Monumenta Germaniae historica, Legum Sect. II, 2 Partes. Hannover 1881 u. 1883, 4°).

Brunner, Zeugen- und Inquisitionsbeweis der karoling. Zeit. Wien 1866. 8°.

Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tübingen 1848, 8°.

— Der ältere Besitz und das Possessorium ordinar. (Bekker und Muther, Jahrb. d. gemeinen deutschen Rechts, Bd. IV. Leipzig 1860. 8°, SS. 1—109.)

Grimm, Vorrede zu Joh. Merkels Ausgabe der Lex Salica. Berlin 1850, 8°.

— Deutsche Rechtsalterthümer. Göttingen 1828, 8°.

Hermann, Die Ständegliederung bei den alten Sachsen und Angelsachsen. Breslau 1884, 8°.

Hessels, Lex Salica. The ten texts with the glosses. With notes on the frankish words in the Lex Salica by H. Kern. London 1880, 4°.

Heusler, Die Beschränkung der Eigenthumsverfolgung bei Fahrhabe und ihr Motiv im deutschen Rechte. Basel, 1871, 4°.

— Die Gewere. Weimar 1872, 8°.

— Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. I. Leipzig 1885, 8°.

Homeyer, Die Haus- und Hofmarke. Berlin 1870, Lex 8°.

— Sachsenspiegel. 2. Ausgb. Berlin 1835, 8°.

— Der Richtsteig Landrechts, nebst Cautela u. Premis. Berlin 1857, 8°.

Jobbé-Duval, Étude historique s. la revendication des meubles en droit Français. Paris 1880, 8°.

Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach d. sächs. Rechtsquellen d. Mittelalters. Königsberg 1869, 8°.

Löning, Der Vertragsbruch i. deutsch. Rechte. Straßburg 1876, 8°.

Digitized by Google

Maassen, Beiträge zur Kenntniß der Glossatorenzeit. (Bekker u. Muther, Jahrbuch, Bd. II, Leipzig 1858, 8°, SS. 220—40) — Das Interdict. Uti possidetis u. die Decretale Licet causam (cap. 9 X de probationibus). Ebendas., SS. 443—73.

v. Meibom, Das deutsche Pfandrecht. Marburg 1867, 8°.

Merkel, Die Geschichte des Langobardenrechts. Berlin 1850, Lex 8°.

Münderloh, Über Schein und Wirklichkeit an der Legis actio sacramenti in rem. (Zeitschrift f. RG., Bd. 13).

Pertile, Storia del diritto italiano, dalla caduta dell' impero romano alla codificazione. Vol. II. Padua 1874, 8°.

Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter. Bd. I. Braunschweig 1879, 8°.

Poincaré, Du droit de suite dans la propriété mobilière. Paris 1883, 8°.

Quitzmann, Die älteste Rechtsverfaßung der Baiwaren. Nürnberg 1866, 8°.

Scherrer, Forschungen über das Recht der salischen Franken. (Zeitschr. f. RG., Bd. XIII. Weimar, 1877, 8°, SS. 259—85).

Schmid, Die Geseze der Angelsachsen, 2. Aufl. Leipzig 1858, 8°.

•Schmidt, Die Grundsätze über den Schadensersatz in den Volksrechten. Breslau 1885, 8°.

Siegel, Geschichte d. deutsch. Gerichtsverfahrens. Bd. I. Gießen 1857, 8°.

— Die Gefahr vor Gericht und im Rechtsgang. (Vare.) (Sitzungsberichte d. Wiener Akademie, histor.-philosoph. Cl., Bd. 21. Wien 1866, 8°, SS. 120—169).

Sohm, Der Process d. Lex Salica. Weimar 1867, 8°.

— Die Fränk. Reichs- u. Gerichtsverfaßung. Weimar, 1871, 8°.

— Das Recht der Eheschließung aus dem deutsch. u. canonisch. Recht geschichtlich entwickelt. Weimar 1875, 8°.

— Zur Geschichte d. Auflaßung (Festgabe f. H. Thöl. Straßburg 1879, 8°. SS. 79 ff.).

Stobbe, Zur Geschichte d. deutschen Vertragsrechts. Leipzig 1855, 8°.

— Handb. d. deutsch. Privatrechts. Bd. II, Abth. II. Berlin 1876, 8°.

Thévenin, Contributions à l'histoire du droit germanique. Paris 1880, 8°.

Thonissen, L'organisation judiciare, le droit pénal et la procédure pénale de la Loi Salique. 2me édition. Bruxelles et Paris 1882, 8°.

del Vecchio, Sulla rivendicazione dei beni mobili nell' antico diritto germanico. (Archivio giuridico, diretto p. F. Stefani. Vol. 20. Pisa 1878. 8°, SS. 19—48 u. 236—82.)

Waitz, Das alte Recht der salischen Franken. Kiel 1846, 8°.

— Deutsche Verfaßungsgeschichte. Bd. II, Abthlg. 2, 3. Aufl. Kiel 1882. 8°.

Wilda, Das Strafrecht der Germanen. Halle 1842, 8°.

Zeumer, Formulae Merowingici et Karolini aevi. Pars prior. (Monumenta Germaniae historica, Legum Sect. V, Pars prior. Hannover 1882. 4°).

Zöpfl, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. III. 4. Aufl. Braunschweig 1872, 8°.

Digitized by Google

Erstes Kapitel.

Die juristische Natur der alten Anefangsklage. Die Mittel des alten Eigenthumsbeweises und die daraus, sowie aus der Natur der alten Anefangsklage folgenden Beschränkungen der Möglichkeit der Eigenthumsverfolgung bei Fahrhabe.

§ 1.

Das altgermanische Recht kennt eine wirkliche Vindication von Fahrhabe.

Durch Albrechts Monographie „Die Gewere“ (1828) u. s. w. ist nicht bloß die Frage nach der juristischen Wesenheit desjenigen Rechtsinstituts, was die deutschen Rechtsquellen des späteren Mittelalters „Gewere“ nennen, in Fluß gekommen, sondern sie hat auch sehr starke Anregung gegeben, das juristische Fundament des Rechtsmittels zu untersuchen, welches unser altes Recht zum Schuze eben dieser Gewere gewährt. Ganz besonders schwierig hat sich dabei das Gebiet der Fahrhabe gezeigt. Die Frage: kennt das germanische Recht eine wirkliche Mobiliarvindication, oder kennt es nur den Rechtsschuz der Gewere an Fahrhabe; oder welchen Schuz läßt es sonst der Fahrhabe angedeihen? ist seitdem zur viel erörterten Controverse geworden, und bis in die jüngste Zeit geblieben. Die Theorie der Gewere darf heute allerdings, angesichts der heusler'schen Abhandlung „Die Gewere“ (1872), als im wesentlichen abgeschloßen betrachtet werden; nicht so aber die Theorie der germanischen Mobiliarvindication. Auch in sie hat zwar Heuslers Hand kräftig fördernd eingegriffen; namentlich sind durch seine jüngste Publication, „Institutionen des deutschen Privatrechts“, Thl. I (1885) die sicheren Grundlagen zu Gunsten der Entscheidung für die Annahme einer wirklichen Mobiliar-Vindication im altgermanischen Recht geboten; aber die Entscheidung selbst und die ihr entsprechende Theorie stehn noch aus. Die Erkenntniß der theoretischen Wesenheit der Gewere hat uns hier nicht ans Ziel gefördert; der klarste Beweis, daß die noch heute viel getheilte Ansicht, beide Institute verhielten sich zu

Digitized by Google

einander wie materielles und processuales Recht, keineswegs zutrifft. Ganz abgesehn davon jedoch, daß die Theorie der german. Mobiliarvindication, wie ich sie fortan nennen werde, Anefangsklage, durch die Erforschung der Wesenheit der Gewere nicht die erwartete Förderung erhalten hat, sind ihr auch noch ganz besondere Hinderniße entgegengetreten. Vor allem die heute bis zum Axiom gesteigerte Gewöhnung, gewiße Schranken, welche mehrere auf dem germanischen Rechte fußende Rechtssysteme des späteren Mittelalters der Anefangsklage ziehn, das heißt die Säze: „Mobilia non habent sequelam“ (Meubles n'ont pas de suite) und „Hand muß Hand wahren“, als Ausflüße der Wesenheit des betreffenden Rechsmittels selbst aufzufaßen. Nebenher hat allerdings noch der Umstand misleitend gewirkt, daß unser Rechtsmittel nicht bloß die Rückgewinnung einer abhanden gekommenen Sache anstrebt, sondern gleichzeitig strafprocessuale Tendenz hat. Der eigentliche Grundfehler aber ist der erstere. Mit ihm ist gleich durch Albrecht (a. a. O. SS. 92—96) die Untersuchung — so zu sagen — inaugurirt; er hat sich dann von Buch zu Buch fortgeerbt; und nur vereinzelt hat Heusler in seiner Abhandlung „Die Beschränkung der Eigenthumsverfolgung bei Fahrhabe“ u. s. w. (1871) den Versuch gemacht, den Ursprung des Sazes Mobilia non hab. sequ. aus ganz anderen Gründen zu erklären. Geglückt ist es ihm allerdings nicht; immerhin bezeichnet Heusler aber durch das Princip seiner Anschauung einen bedeutenden Wendepunkt in der theoretischen Erfaßung der Sache; und ich bin überzeugt, er würde bei seinem Erklärungsversuche eine ganz andere Richtung eingeschlagen, und einen ganz anders durchschlagenden Erfolg erzielt haben, wenn er nicht auch noch — und selbst jetzt noch in der „Institutionen des deutschen Privatrechts“ (Seite 395 f.) — von dem allgemeinen Irrthume befangen wäre, daß die beiden bezeichneten Säze aus dem echtesten und ältesten germanischen Rechte stammen. Der albrechtsche Doppelirrthum aber, daß die beiden Säze nicht nur echtestes Germanenrecht seien, sondern auch der eigensten Wesenheit der Anefangsklage entstammten, hat auch einen Forscher beherrscht und geblendet, der in unserer Frage eine dominirende Stellung gewonnen hat; ich meine Laband.

Es ist hier noch nicht der Ort, näher auf diesen Schriftsteller einzugehn. Ich constatire vorerst nur, daß er von dem bezeichneten Standpunkte aus die Einreihung der Anefangsklage in die Kategorie dingliche Klagen, die ehedem Albrecht (a. a. O. SS. 81—91) durchzuführen gesucht hat, heute aber von Heusler (Institutionen, SS. 386—94) auf ganz anderem Wege wirklich durchgeführt ist,

Digitized by Google

für einen fundamentalen Misgriff erklärt. Nach ihm ist das römische Actionenschema hier ganz unbrauchbar. Wir müßen, meint er, bei der national deutschen Eintheilung stehen bleiben, die Joh. v. Buch, Richtst. sächs. Ldrs. c. 11 § 13 (Homeyer, Richtst., S. 121 f.) und c. 36 (Homeyer, ebendas. S. 246) giebt[1]), und demdemäß die Anefangsklage als „vermengte" oder „gemischte" (Homeyer, a. a. O., SS. 445—49) bezeichnen. Wir werden jedoch sehn, daß das verfehlt ist. Albrecht hat gerade darin Recht, die Anefangsklage ein dingliches Rechtsmittel zu nennen; und nur darin steckt bei ihm der Fehler, daß er trozdem versucht hat, den Saz Hand muß Hand wahren, aus der juristischen Wesenheit der Klage zu erklären.[2]) Dadurch hat er sich in die Nothwendigkeit versetzt, das einfache Institut der Gewere naturwidrig durch Construirung einer sogen. „juristischen Gewere" zu verkünsteln und zu verzerren, indem er die chimärische Theorie aufstellte, das Recht auf Besiz oder Innehabung einer Sache sei die eigentliche Gewere; aus dieser juristischen Gewere entspringe die Anefangsklage, nicht aus dem Eigenthum; der Eigenthümer also, der einem Dritten eine solche juristische Gewere an seiner Fahrhabe eingeräumt habe, könne selbst während der Dauer dieses Verhältnißes nicht als dinglicher Kläger auftreten, sondern nur derjenige, welcher die juristische Gewere der Sache habe. Mit Recht ist dem Bruns (Besitz, SS. 285—305; 311—315) entgegengetreten mit der Behauptung, die alte Anefangsklage entspringe dem Eigenthum, und sei eine echte Vindication. Dadurch ist er aber freilich nicht abgehalten, in seiner späteren Abhandlung „Der ältere Besitz" u. s. w. sich Albrecht wieder sehr stark zu nähern. Überhaupt ist es merkwürdig, daß die albrechtsche Theorie, wenngleich nicht ohne ge-

[1]) Daß die Classification gar keinen Anspruch auf die Bezeichnung germanisch oder deutsch hat, sondern ein unklares, aus Verständnißmangel hervorgegangenes Hirngespinst v. Buchs ist, sowie daß dem germanischen Recht nicht weniger, wie dem römischen die Eintheilung persönliche Klage (Kl. um Schuld) und dingliche Klage (Kl. um Gut) zu Grunde liegt, hat endlich Heusler (Institutionen, SS. 385—94) in einer Weise gezeigt, die mir gradezu unwidersprechlich scheint. Bis dahin ist kein Widerspruch gegen die Idee erhoben, und selbst Planck (Das deutsche Gerichtsverfahren, I 357—69, bes. S. 359, N. 2 u. SS. 367—69) hat sich ihr noch ganz gefangen gegeben.

[2]) Abweichend davon entspringt nach Heusler die Anefangsklage aus dem dinglichen Recht, und der Commodatar u. s. w. haben sie, weil ihr Recht ein dingliches ist. Vgl. Institutionen, S. 378 u. 395 f. Daß der Eigenthümer sie nicht hat, während das Leiheverhältniß u. s. w. besteht (Hand m. H. w.) hat nach Heusler aber rein processuale Gründe. Wir werden auch diese Theorie, die, wie gesagt, von unrichtiger historischer Voraussezung ausgeht, als verfehlt erkennen.

Digitized by Google

wiße Metamorphosen durchzumachen, gar manche Auferstehungsfeste gefeiert hat, obwohl seine Theorie von der Gewere seit Jahrzehnten aufgegeben ist. Noch heute kehrt die albrechtsche Theorie — gleichviel, ob bewust oder unbewust — im Grunde genommen bei Poincaré wider.[1] Der Grund davon liegt darin, daß man fortfuhr den Grundfehler von Albrechts Construction für nichts weniger, als einen Fehler zu halten. Demgemäß unterzog man sich immer von neuem der Danaidenarbeit, den Saz Hand muß Hand wahren als charakteristische Eigenheit der Anefangsklage mit deren innerster Wesenheit in Zusammenhang zu bringen.[2] Es tauchten eine ganze Anzahl von Abhandlungen auf, welche alle diese gemeinsame Tendenz beherrschte, so verschieden sonst auch ihre Wege und Ziele waren. Die einen gaben den dinglichen Charakter der Klage ganz preis, wie Renaud, der (nach Jobbé, Revendication, S. 85, N. 1) in der Fungibilität der alten Fahrhabe das Mittel fand, den Saz Meubles n'ont pas de suite zu erklären; oder wie eine ganze Reihe anderer Forscher, deren Namen später genannt werden sollen, so weit sie mir bekannt sind, die das ganze oder vorherrschende Wesen der Anefangsklage in deren Natur als privatrechtliche Forderung aus Delict oder Quasidelict legen.

Auf der anderen Seite machte dann Delbrück (Die dinglichen Klagen des deutschen Rechts, Leipzig 1857, 8°) daraus ein Analogon zur römischen A^o^ Publiciana, indem er Albrechts juristische Gewere durch den älteren Besiz ersezte.[3] Von einem gewißen

---

[1]) Wie wir übrigens sehn werden, in einer Form, die keineswegs sein Sondereigenthum ist. Er sezt (SS. 22—24 u. 28 f.) an Stelle der albrechtsch. juristischen Gewere einen historisch unentwickelten Eigenthumsbegriff. Beides läuft auf dasselbe hinaus, nur daß Albr. logisch construirt, und P. eine historische Grau in Grau Malerei liefert. Andere Versuche, auf neuem Wege zu Albrecht zurückzukehren von Bluntschli und Goldschmidt, deren Heusler (Beschränkung, S. 6 f.) gedenkt, sind mir unbekannt geblieben. Von dem eben dort genannten Stobbe, der nicht allein auf Albrecht, sondern auch auf Bruns fußt, wird später die Rede sein. Hier nur die Bemerkung, daß er (Gewere, bei Ersch u. Gruber, Bd. 65, SS. 432—38) die „juristische" Gewere As. anerkennt; und daß ihm Bruns (D. ältere Besitz, S. 36 f.) darin zustimmt. Ja, selbst bei Planck finden sich noch Nachwirkungen der Theorie von der juristischen Gewere.

[2]) Stobbe bahauptet sogar (Handb. II. 2, S. 560, N. 3) — gegen Heusler — dies sei principiel der allein richtige Standpunkt.

[3]) Vrgl. darüber, bez. dagegen Bruns (D. ältere Besitz, SS. 1—8 u. 21—30); Sohm (Process, SS. 101—103) und Stobbe (Gewere, in Ersch u. Guber, Bd. 65, S. 487 f. u. Handb. II. 2. S. 578 f.), wo indeß insofern eine falsche Position zum Kampfe gegen D. gewählt ist, als die Anefangsklage und die schlichte Rückforderungsklage als reine Delictsklagen behandelt werden.

Digitized by Google

Standpunkte aus erscheint endlich noch bedenklicher ein Versuch v. Bars, den Saz Hand muß Hand wahren mit der juristischen Wesenheit der Gewere, und damit der Anefangsklage selbst, zu verknüpfen. Er macht zu diesem Zweck aus der Gewere ein Institut, das nicht bloß dem materiellen Sachenrecht angehört, sondern auch dem Processrecht, und dort als Rechtsvermuthung fungirt betreffs der Berechtigung des Klägers zum Besiz der Streitsache.[1]) Eben diese Gewere entspringt bei Fahrhabe nach v. Bar (a. a. O. SS. 159 ff.) aus dem unfreiwilligen Verluste des factischen Innehabens, der „hebbenden Gewere", und erzeugt damit das Recht des Anefangs und der Anefangsklage. Ich habe mit Bedacht gesagt, daß dieser Versuch „von gewißem Standpunkte aus" noch verfehlter erscheint, wie der vorige; denn absolut verfehlt ist er durchaus nicht. Gewere, d. h. juristischer Besiz und processuales Beweisrecht sind ja allerdings in dieser Theorie ununterscheidbar in einander geknetet; und dadurch hat der Gedanke, den Saz Hand muß Hand wahren, nicht mit dem Wesen der Anefangsklage, sondern mit dem davon ganz verschiedenen Processrecht, namentlich mit dem Beweisrecht in Zusammenhang zu bringen, alle logisch plastische Façon verloren. Vollkommen richtig bleibt aber deshalb der letztere Gedanke, an sich betrachtet, dennoch; eine Thatsache, die besonders klar hervorleuchten würde, wenn es mein beschränkter Raum gestattete, auf Einzelheiten der barschen Begründung einzugehen. Litte v. Bars Versuch nicht an der angedeuteten, auf delbrückschen (und brunsschen?) Einfluß zurückzuführenden Ungefügigkeit, so würde ich unbedenklich behaupten, daß er[2]) das Problem, woher die seltsamen Säze Hand muß Hand wahren und Meubles n'ont pas de suite stammen, wirklich gelöst habe. Im dritten Paragraphen dieses Kapitels werde ich selbst darauf eingehn, und dann wird sich zeigen, daß allerdings die Rücksicht auf den Beweis jene Regeln erfunden hat. Ferner werden wir dort sehen, daß in der ältesten Zeit diese Beweisrücksichten noch nicht vorgelegen haben; und daß ihr eben deshalb die Regel Hand muß Hand wahren noch unbekannt geblieben ist.[3]) Daraus aber er-

[1]) Am klarsten ist der Gedanke ausgedrückt, Beweisurtheil, S. 225; vrgl. aber auch S. 163; 174 f. u. 183. Übrigens steht v. Bar in dieser Ansicht keineswegs isolirt, sondern — mindestens — sehr in der Nähe von Stobbe.

[2]) Delbrücks eigene Bemerkungen in dieser Hinsicht können aus anderen Gründen, die später wenigstens angedeutet werden sollen, nicht in Betracht kommen.

[3]) v. Bar sagt (a. a. O., S. 161): „Mit der Veränderung des Beweisrechts mußte die Beschränkung der Vindication wegfallen" u. s. w. Wider weg-

Digitized by Google

giebt sich die logische Nothwendigkeit, die beiden Fragen: was ist die juristische Wesenheit der Anefangsklage? und: woher stammt die Regel, Hand muß Hand wahren? ganz von einander zu trennen, und jede selbständig zu untersuchen. Diesem logischen Gebote bin ich dadurch gerecht geworden, daß ich, so weit nur irgend möglich, in diesem Paragraphen von jener Regel abgesehn, und die Erörterung ihres Ursprungs in den dritten Paragraphen verwiesen habe. Von diesem Standpunkte aus gehe ich jetzt an die Prüfung der verschiedenen Theorien über die Wesenheit der Anefangsklage.

Abgesehn von Poincaré, über dessen theoretische Construction der Anefangsklage bereits oben das Nöthige mitgetheilt ist, kommen drei verschiedene diesbezügliche Theorien in Betracht.

1. Schon oben war zu bemerken, daß einige Forscher versucht haben, den Satz Hand m. H. wahren dadurch zu erklären, daß sie den dinglichen Charakter der Anefangsklage preisgaben, und sie anstatt dessen zur privatrechtlichen actio in personam, bez. ag. in rem scripta machten, welche aus Delict oder Quasidelict entspringe.

Der erste Vertreter dieser Theorie, den ich zu nennen weis, ist Zöpfl, der RG., 4. Aufl., III. [illegible] sagt: „Die sogen. Klage mit Anefang ist eine Art von Diebstahlsklage, jedoch mit einer ähnlichen Erweiterung des persönlichen Klagfundaments wie in der römischen actio quod metus causa enthalten ist.“[illegible] Ferner gehört hierher Walter (Deutsche RG., 2. Aufl., §§ [illegible] u. 341, N. 2),

---

fallen, [illegible] es bleiben. Die Beschränkungen sind in der That mit dem Übergange von der körperlichen Besitzergreifung zum abstract [illegible] Beweise gefallen, eingeführt aber sind sie in einer Zeit, die noch nicht fähig war, sich vom Systeme körperlicher Besitzergreifung zu trennen, und [illegible] zum guten Theile das Resultat [illegible] der [illegible]

[illegible] Eine ältere Theorie [illegible] Spurfolgeklage [illegible] Rechts erzeugt worden. Es [illegible] keinem Zweifel, daß die Ansicht, welche Zöpfl [illegible] jener älteren Theorie entstanden ist [illegible] Spurfolgeklage [illegible] seines Besitzes gehabt habe. [illegible] die Sache auf [illegible] Klage auf Herausgabe von Fahrhabe eine „actio in rem scripta“ [illegible] Anefang [illegible] Theorie [illegible] Spurfolgeklage [illegible] der germ. Anefangsklage [illegible] die Spurfolgeklage zum Ersatz der alten Anefangsklage [illegible] (Vgl. Brunn [illegible] SS. 30–33 u. 3[illegible] f.) [illegible] später [illegible] § [illegible]

Digitized by Google

Gerber (Zeitschr. f. Civilrecht, XI. 27 ff. u. System d. deutsch. Privatrs., 12. Aufl., S. 276)[1]), v. Bethmann-Hollweg (German.-roman. Civilproc., I. SS. 14 f.; 41 u. 479 f.[2]), Löning (Vertragsbruch, S. 59 f., N. 10), und vor allen Sohm, der uns später als eigentlicher Vertreter der Theorie dienen soll.

2. Jobbé-Duval, der (S. 9 u. S. 85) in Übereinstimmung mit Laband für das germanische Recht das römische Schema a^o. in rem und a^o. in personam grundsäzlich verwirft[3]), sich aber auch davon nicht überzeugen kann, daß die alte Anefangsklage eine gemischte sei, hat dem entsprechend neuerdings die Theorie aufgestellt, dieselbe sei durchaus strafrechtlicher Natur, und müße den Privatstrafklagen beigezählt werden. Da Poincaré, der sonst ganz auf Jobbés Schultern steht, sich in diesem Punkte von ihm getrennt hat, so ist diese zweite Theorie bis jetzt noch ohne allen literarischen Anhang; wir werden uns also bei ihrer kritischen Prüfung allein an Jobbé zu halten haben.[4])

3. Die dritte Theorie endlich ist die labandsche, deren Grundgedanken schon oben skizzirt sind. Sie ist angeregt durch Planck (D. Recht z. Beweisführung; Ztschr. f. R.-G., X. 239 u. 245). Ihr hat sich — seine frühere Ansicht aufgebend — zunächst Stobbe (Handb., II. 2, S. 561 f., N. 7 u. SS. 562—64 u. 578 f.) angeschloßen[5]); dann ist ihr der italienische Forscher A. del Vecchio gefolgt.[6])

Die vorstehend skizzirten drei Theorien kommen troz ihrer

---

[1]) Über Walter und Gerber vergl. auch Stobbe, Handb., II. 2, S. 562, N. 9.

[2]) Wie Jobbé (S. 20, N. 1) dazu kommt, v. Bethm.-H. zu den Vertretern der labandschen Theorie von der „gemischten" Klage zu rechnen, ist unerfindlich.

[3]) Dem hat sich Poincaré, S. 28, angeschloßen.

[4]) Thonissen behandelt allerdings (Loi Salique, SS. 531—39) die Anefangsklage ebenfalls als Strafprocedur in Jobbés Sinne; er stüzt sich dabei aber nicht auf diesen, und hat die Theorie auch nicht selbständig begründet. Th. kann folglich bei dieser Gelegenheit nicht für uns in Betracht kommen.

[5]) Aber ohne dadurch gehindert zu werden, doch wider in das alte Fahrwasser der Spolienklage einzulenken.

[6]) Sulla rivendicazione, S. 236 f. Vecchio sagt a. a. O. allerdings nicht ausdrücklich, daß es Laband ist, dessen Theorie er adoptirt; da aber Laband, Vermögensrechtl. Klgen. (a. a. O., S. 24) unter der von Vecchio benuzten Literatur mit aufgeführt wird, so ist dennoch an der Sache kein Zweifel. — Ursprünglich (Beschränkung, S. 7; 11; 20 u. s. w.) hat sich auch Heusler der labandschen Theorie entschieden geneigt gezeigt. Schon bei der Umarbeitung dieser Abhandlung behufs ihrer Einverleibung in die Abhandlung über die Gewere, hat S. 20 indeß eine sehr erhebliche Änderung erfahren, welche Heusler eher zu einem Vorgänger Jobbés macht. Vergl. Gewere, S. 492 f.

Digitized by Google

sonstigen bedeutenden Abweichungen von einander in dem einen Gedanken überein: das germanische Recht hat auf dem Gebiete der Fahrhabe dasjenige Rechtsmittel nicht gekannt, was die Römer rei vindicatio nennen. Das halte ich aber nicht für eine gemeinsame Wahrheit, sondern umgekehrt für ihren gemeinsamen Grundirrthum. Hätte man sich beim Ersinnen der Theorien ganz frei gefühlt vom Drucke der Säze: Hand m. H. w. und Meubles n'ont pas de s., so würde man auch schwerlich zu diesem Grundirrthum gekommen sein. Abgesehen hiervon leidet aber jede einzelne der drei Theorien noch an ihren besonderen Gebrechen, die mich noch mehr darin bestärken, daß wirkliches Licht in der vorliegenden Frage nur ausgehen kann von der Position: die Anefangsklage ist rei vindicatio im römischen Sinne. Überzeugen wir uns nunmehr von dieser Wahrheit.

Erste Theorie.

Zu ihrer Begründung stellt Sohm (Process, SS. 56—60) folgende drei Thesen auf:

I. „Der Inhalt beider fränkischen Gesezbücher . . . bestätigt den von Bruns aufgestellten Saz, daß die deutsche Vindication von Mobilien eine wahre vindicatio, eine petitorische, keine possessorische Klage ist.“ „Vindicant ist der *Eigenthümer* der Mobilie.“

II. „Dessenungeachtet kommt im deutschen Vindicationsprocess das Eigenthum nicht so unmittelbar und so unbeschränkt zur Geltung wie im römischen. *Die deutsche Vindication hat noch andere Voraussezungen, wie das klägerische Eigenthum.*“

III. „Das gesamte mittelalterliche Recht kennt für Mobilien keine Eigenthumsklage auf Grund der Erwerbsthatsachen des Eigenthums. Die Anführung von Eigenthumserwerbsgründen ist dem Kläger positiv versagt; d. h. sie ist für ihn processual wirkungslos, und steht . . . nur dem contravindicirenden[1]) Beklagten, also dem Besizer zu. *Es genügt, und ist nothwendig, daß Kläger die Art seines Besizverlustes anführt*“.

„*Die eigentliche Vindication, die nach Inhalt und Wirkung dingliche Klage des deutschen Rechts, verlangt zu ihrer thatsächlichen Begründung die*

[1]) Laband verwirft (S. 119) diesen Ausdruck ms. Es. mit Unrecht.

Digitized by Google

Behauptung, die Sache ist mir ohne meinen Willen — dieblich — abhanden gekommen".

Der anefangende Eigenthümer hat sich also nicht als Eigenthümer zu legitimiren.[1]) Die desfallsige Concession an Bruns, welche Sohm durch die Thatsache abgerungen ist, daß die Lex Salica, Ribuaria, Burgundion. u. s. w. übereinstimmend vom Anfänger das „Erkennen" der geanefangten Sache als „sein eigen" verlangen, ist gegenstandslos. Thes. III. belehrt uns ja ausdrücklich, daß die „Anführung" von Eigenthumserwerbsgründen dem Vindicanten „versagt" ist; und das Aufzeigen der Eigenthumsmarke hat nach Sohm (S. 58) nicht die Bedeutung der Eigenthumsbescheinigung, sondern lediglich der Identification. Es bleibt somit nur der Saz übrig: „Die eigentliche Vindication . . . des deutschen Rechts verlangt zu ihrer thatsächlichen Begründung die Behauptung, die Sache ist mir . . . dieblich abhanden gekommen."[2]) Das kann natürlich nicht der Eigenthümer sagen, wenn die Sache nicht ihm, sondern seinem Treuhänder abhanden gekommen ist; es kann es aber der treuhändige Nichteigenthümer, dem die Sache abhanden gekommen ist, sehr wohl sagen, sofern die Eigenthumsmarke eben bloß als Unterscheidungs- und Erkennungszeichen dient, und die Eigenthumsfrage so ganz und gar außer Spiel bleibt, wie Sohm behauptet. So ist denn also die Anefangsklage durch diese Theorie dem Saze Hand muß Hand wahren als privatrechtliche Deliktsklage in Dienst gestellt, obwohl Sohm sonst ganz die Miene annimmt, als wolle er ihre „Dinglichkeit" aufrecht erhalten.

[1]) Nach Jobbé, S. 76 (u. S. 77) soll die Eigenthumsbescheinigung beim Anefang dem alten Recht unbekannt gewesen, und erst später eingeführt sein. Diese Idee ist vermuthlich auf Sohms Einfluß zurückzuführen. Vollkommen sachgemäß hat sich bereits Bruns über diesen Punkt ausgesprochen. Vrgl. Besitz, S. 301 u D. ältere Besitz, S. 23. (Nach dem Vorgange von Planck. Vrgl. D. ält. Besitz, S. 24, bes. N. 33).

[2]) Mit dieser Behauptung hat es — nach Sohm — aber doch noch seine besondere Bewandtniß. S. 60 f. sagt er: „Zur Zeit der Volksrechte . . . hat der Kläger zwar nicht dieblichen Verlust zu behaupten, weil hier der Vindicant" — durch die magische Kraft des Anefangs als Formalact! — „von allem Beweise, und so auch von aller Pflicht zu thatsächlichen Aufstellungen befreit ist; aber es findet sich unzweideutig der Saz ausgesprochen, daß materiel das Vindicationsverfahren an die Voraussezung des unfreiwilligen Verlustes gebunden ist". Beweis: Lex Sal. 37, Saz 1: „Si quis.... qualibet animal per furtum perdiderit". Diese Folgerung geht von der stillschweigenden Voraussezung aus, daß jeder Anefang nach fränkischem Recht durch Spurfolge eingeleitet sei. Deshalb glaubt Sohm das „per furtum perdere" als allgemeines Erforderniß des fränkischen Anefangs bezeichnen zu können. Jene Voraussezung ist jedoch irrig, wie wir sehn werden.

Digitized by Google

Ich möchte dieser Theorie überhaupt, und der sohmschen Begründung insbesondere, Folgendes entgegenhalten.

1. Zunächst und vor allem ist es quellenwidrig, zu behaupten, der Anefänger habe sich nach altgermanischem Recht nicht als Eigenthümer zu legitimiren. Wir werden vielmehr sehn, daß Anefang und Intertiation eine ganz genaue, formale Legitimation des Anefängers nicht bloß als widerwillig Besizentsezten, sondern ganz speciel als Eigenthümers der geanefangten Sache, darstellen. Und diese beiden Processacte, welche die heutige Doctrin in Übereinstimmung mit der Terminologie des späteren Schöffenrechts unter dem Namen Anefang zusammenfaßt, bilden die rechtliche Basis des gesamten weiteren Verfahrens. Das, und nur das, nicht aber der fictive Charakter als Formalact, welchen Sohm fälschlich dem Anefang zuschreibt, ist der Grund, weshalb der Anefänger von der weiteren juristischen Substantiirung seines Anspruchs auf die Sache befreit ist; und daß ferner der beklagte Inhaber sich nur durch Berufung auf wirkliche Eigenthumserwerbsgründe gegen Herausgabe der Sache vertheidigen kann[1], sofern er nicht etwa in der Lage ist, sich der Antwort zu wehren durch Berufung auf ein derivatives, unmittelbar vom Anefänger selbst erworbenes Besizrecht, wie Leihe, Depositum, Faustpfand.

2. Im dritten Paragraphen dieses Kapitels werden wir sehn, daß das alte Recht nur eine einzige Beschränkung der Eigenthumsverfolgung bei Fahrhabe gekannt hat, nämlich die Unmöglichkeit der Eigenthumsbescheinigung durch Eigenthumsmarke, d. h. die Unmöglichkeit des Anefangs im ursprünglichen und eigentlichen Sinne.

3. Daß man dennoch zu der Annahme gelangt ist, schon die Lex Salica seze voraus, daß der Anefänger den Besiz des Streitobjects dieblich (per furtum) verloren habe, ist nicht bloß durch das Argument aus Lex Sal., 37, Saz 1, veranlaßt, worauf Sohm sich stüzt, und das ich oben bereits zurückgewiesen habe, sondern hauptsächlich durch die Rolle, welche die Diebstahlsbuße nach den beiden fränkischen Gesezbüchern im Anefangsprocess spielt.

Lex Sal. 47. 2 (Behrend, S. 63) nennt es „se exuere de latro-

---

[1]) Die Behauptung Stobbes (Handb., II. 2. S. 564), der Anefangsbekl. könne nur einwenden, „der Kläger habe die Sache nicht wider seinen Willen verloren, aber nicht, sie habe ihm nicht gehört“, wird von den ältesten wie von den späteren Quellen widerlegt. Nach keinen von beiden formulirt der Bekl. seine Vertheidigung so wie hier behauptet wird; nach beiden besteht sie vielmehr in der Berufung auf rechtmäßigen Erwerb. Vollkommen richtig stellt das Bruns (D. ältere Besitz, S. 25 f.) dar.

Digitized by Google

cinio" [1]), wenn der Inhaber der geanefangten Sache, der alles ihm Obliegende gethan hat, um seinen Gewährsmann an Gerichtsstelle zu schaffen, von diesem jedoch im Stich gelaßen ist, den formalen Beweis erbringt, der benannte Gewährsmann sei dennoch sein wirklicher Gewährsmann, und er habe ihn auch als solchen gehörig geladen. Unmittelbar fährt darauf § 2 fort: „Et ille qui non venerit — d. h. eben der Gewährsmann — . . . erit latro illius qui agnoscit", d. h. des Anefängers. Solche Stellen, deren sich noch eine ganze Anzahl anführen ließ, klingen nur zu bestechlich für die sohmsche Theorie; aber sie sind doch Sirenen, die uns von der Wahrheit ablocken wollen.

Das alte Recht sezt voraus, daß beide Theile ein vom Gegner unabhängiges Eigenthumsrecht an der geanefangten Sache beanspruchen. Es sezt also den Fall so, daß nothwendig auf der einen oder anderen Seite eine Unredlichkeit (Dieblichkeit) unmittelbar oder mittelbar als causa efficiens vorliegen muß. Daraus entspringt nicht bloß das criminelle Element der Anefangsklage, sondern auch seine besondere Form der „Dieblichkeit"; aber nicht dies Element ist es, worauf sich die Rückforderung der Sache stüzt, sondern aus ihm entspringt lediglich eine die Sachforderung begleitende Bußforderung. Die Sachforderung gründet sich auf beiden Seiten ausschließlich auf das Eigenthumsrecht. Dies beweist der Kläger, wie wir sehn werden, durch Anefang [2]) und Intertiation, und der Inhaber durch den Gewährschaftszug. [3]) Dies und nicht die Bußforderung, ist auch der Punkt, um den sich der Rechtsstreit dreht. Nur ausnahmsweis spielt die Bußforderung noch gegen den Gewährsmann, der sich in Contumaz befindet, eine selbständige Rolle.

Überhaupt aber ist das Argumentiren mit der Bußforderung in unserem Falle ms. Es. sehr übel angebracht. In der Anmerkung

---

[1]) Latrocinium steht hier ebenso wie furtum an zahlreichen Stellen der Lex Ribuaria für Diebstahlsbuße, texaga oder taxaga. Vrgl. die Parallelstelle Lex Rib. 33. 2 (Mon. G., Legg., V. 227).

[2]) Der alte Anefang hat keinen criminellen Charakter, wie wir sehn werden. Die gegentheilige Ansicht, die Stobbe, (Handb., II. 2 S. 529, N. 9 — im Anschluß an Laband) und Planck (S. 834 f.) aussprechen, überträgt auf den Anefang eine fremde Function.

[3]) Die Intertiation schneidet jede andere Art des Eigenthumsnachweises ab, wie wir sehn werden. Übrigens gebe ich zu, und werde auch gleich zeigen, daß im Gewährschaftszuge ein gewißes criminalprocessuales Element steckt. Wir werden aber auch sehn, daß das meiner Behauptung im Texte in keiner Weise hinderlich ist.

Digitized by Google

zu diesem Paragraphen werde ich zeigen, daß das Bußensystem der Lex Salica keineswegs mehr die bloße Sühne des Unrechts im Auge hat; daß ihr vielmehr die Strafdrohung bereits unter dem Gesichtspunkte der Präventivmaßregel erscheint. Und diesen lezteren Charakter hat namentlich auch die mit dem Anefang verknüpfte Diebstahlsbuße, die ich unbedenklich dem 500 aeris sacramentum[1]) bei der altrömischen Mobiliarvindication (Gaius, IV. 161) vergleiche.[2]) Ihrem Ursprunge nach ist diese Buße sicherlich ebenso wie jenes römische sacramentum reine Sühnebuße für Diebstahl im strengsten Sinne des Worts. Das ist aber für die Lex Salica be-

[1]) sacramentum entspricht der german. Buße. Vrgl. darüber Münderloh. SS. 452—58. Vollkommen willkürlich construirt Sohm (Process, S. 72 f.) neben der Diebstahlsbuße noch eine besondere Anefangsbuße, die Analogon des röm. sacramentum sein müßte.

[2]) Bei diesem Vergleiche darf aber nicht vergeßen werden, daß die römische Mobiliarvindication nach der Beschreibung des Gaius bereits auf einem Standpunkte theoretischer Vervollkommnung steht, den die germanische niemals erlangt hat. Das römische Recht hält den Rechtsstreit durchaus an der Stelle und unter den Parteien fest, wo er entstanden. Diese kommen namentlich auch wegen des sacramentum ganz ausschließlich in Betracht, betreffs dessen das römische Recht eine besondere Entscheidung gar nicht kennt. Das germanische, und auch das spätere italienische, französiche, deutsche und englische Recht, sind dagegen auf einem viel kindheitlicheren Entwicklungsstandpunkte stehn geblieben, der dem strafrechtlichen Element der Klage noch ein selbständigeres Leben läßt, vermittelst des eigenthümlichen Gewährschaftszuges. In lezterem steckt unleugbar ein gewißes criminalprocessuales Element. Wir werden Kap. II § 2 sehn, daß der belangte Inhaber sich dem Anefänger verpflichten muß, durch den Gewährschaftszug den Schuldigen, der dem Anefänger büßen soll, zu ermitteln. Schon nach der Lex Salica aber ist dabei das eigentliche Ziel des Verfahrens keineswegs die Ahndung eines Delicts — die Schuldfrage wird sachlich gar nicht untersucht — sondern lediglich formale Feststellung einer Person, gegen welche die Bußforderung als Forderung eines dem Kläger, und mit diesem z. Thl. dem königlichen Fiscus, zuständigen Vermögensvortheils erhoben werden kann. Die mit dem Anefang verbundene Bußforderung und das römische sacramentum bei der Mobiliarvindication sind also in ihrer rechtlichen Natur identisch: und troz der processualen Sonderbehandlung der Bußforderung, die unter Umständen nach german. R. eintritt, stimmen doch beide Rechte in dem entscheidenden Punkte überein, daß die Berechtigung des Klägers, Buße zu fordern (ebenso wie seine Pflicht, sie zu zahlen), lediglich implicite dadurch entschieden wird, ob er seinen Rechtsanspruch auf die Streitsache durchsezt oder nicht. Von den alten Rechtsquellen sind es lediglich die langobardischen — Roth. 281 — (Löning, SS. 119 ff.) — welche meiner Behauptung widersprechen. Darin kann ich indeß nur den Versuch sehn, den endlosen Gewährschaftszug überflüßig zu machen. Derselbe Versuch kehrt auch in den späteren Schöffenrechten und Gesezgebungen, angeregt offenbar durch die italien. Gesezgebung, Theorie und Praxis wider, wenn auch in anderer Weise.

Digitized by Google

reits ein überwundener Standpunkt; sie hat die Eigenthumsverfolgung bei Fahrhabe bereits von der Möglichkeit der Spurfolge entbunden. Demgemäß hat nach der Lex Salica auch der Inhaber nicht mehr die Diebstahlsbuße als wirkliche Diebstahlssühne zu zahlen, sondern — abgesehn von zwei später zu bezeichnenden Fällen — trifft sie ihn, bez. seinen Gewährsmann, unbedingt, ohne die weitere thatsächliche Untersuchung, bez. Feststellung, daß der Erwerb des Inhabers wirklich ein diebischer ist. Die Diebstahlsbuße hat hier schon in vielen Fällen den Charakter der reinen Präventivmaßregel, der Vare. Wer sich der mit dem Anefange verbundenen Eigenthumsbescheinigung gegenüber im nachfolgenden gerichtlichen Verfahren nicht gehörig als rechtmäßiger Eigenthümer, oder wenigstens gutgläubiger Besizer ausweist, hat die Diebstahlsbuße ohne weitere Untersuchung des strafrechtlichen Punktes verwirkt. Ebenso hat auch nach späterem Schöffenrecht — ganz im Geiste des altgerm. Rechts — der unterliegende Beklagte, der nicht in der Lage ist, abzuwälzen, die Diebstahlsbuße verwirkt, wenn sich der Kläger auch ausdrücklich auf rein zufälligen Verlust stüzte, und also nicht auf dieblichen. In gleicher Weise, und aus demselben Grunde verwirkt auch der Anefänger selbst Diebstahlsbuße (wie der altröm. Vindicant das 500 aeris sacramentum), wenn der Beklagte als Sieger aus dem Rechtsstreite hervorgeht.[1]) Die Sache liegt also so, daß die Diebstahlsbuße im Anefangsprocess keineswegs mehr bloß als Strafmittel fungirt, sondern auch als processuales Druckmittel, Präventiv- und Repressivmaßregel, welche beide Parteien gleichmäßig hindern soll, in frivoler Weise dem Gegner sein gutes Recht streitig zu machen; ein Gesichtspunkt, den keiner mehr gezwungen ist, als maßgebend anzuerkennen, wie grade Sohm.

---

[1]) Jobbé sucht (S. 20, N. 1) diese Thatsache für seine Theorie zu verwerthen, indem er sagt: „Le demandeur sera en effet, s'il échoue, condamné à la peine de vol; dès lors où trouver une différence de nature entre notre action et l'action de vol proprement dite?“ Ob es neben der Anefangsklage noch eine besondere Privatstrafklage wegen Diebstahls giebt, die reine Strafklage ist, mag hier dahin gestellt bleiben. Angesichts der Tendenz des alten Processes auf möglichst augenscheinlichen Beweis (vrgl. die schönen Ausführungen Heuslers, Institutionen, S. 47 f.; S. 50 u. 69); und — vor allem — in Erwägung der Thatsache, daß zur altgerman. Strafklage ebenfalls eine genaue Sachlegitimation gehört, die ohne Herbeischaffung der angeblich gestohlenen Sache oder eines Leibzeichens von ihr gar nicht zu führen war, ziehe ich es — mit Siegel (Gerichtsverf. I. 126 ff.) — entschieden in Zweifel, während es Jobbé offenbar (nach Sohm, Process, SS. 122 ff.) annimmt. Was aber hat diese Klage mit Jobbés Schlußfolgerung zu thun? Ich für meine Person bin ganz außer Stande, überhaupt einen Gesichtspunkt aufzufinden, von wo aus sich die klägerische Diebstahlsbuße grade für Jobbés Theorie verwerthen ließe.

Digitized by Google

Zweite Theorie. (Jobbé-Duval.)

Jobbé gelangt zu seiner Theorie hauptsächlich dadurch, daß er (SS. 21—24; 70 u. 77) die allgemeine Ansicht theilt, die erste Einleitung der Klage sei nach den beiden fränkischen Volksrechten nicht der Anefang, sondern die Spurfolge. Wäre dieser Ausgangspunkt richtig, so würde ich wenigstens so viel zugeben, daß seine Theorie, wenn auch einseitig, doch für die Seite der Sache, welche sie erfaßt hat, wirklich richtig ist.

Die Spurfolge sezt durchaus augenscheinliche Evidenz des wirklichen Diebstahls voraus, und bezweckt ihrer ganzen Natur nach nicht bloß Rückgewinnung der Fahrhabe, sondern ist zugleich vindictam spirans. Mit Spurfolge vorgehn, heißt den Dieb oder Räuber verfolgen, und zeigt durch sich selbst an, daß der Spurfolger nicht bloß sein Eigenthum zurückhaben will, sondern auch Buße für die ihm zugefügte Eigenthumsverlezung anstrebt. Andererseits geht aber auch der Spurfolger als wirklicher Eigenthümer vor; auch ihm verleiht lediglich das Eigenthumsrecht die Berechtigung, den Diebstahl zu rächen, die Diebstahlsbeschuldigung zu erheben, und die Begründetheit der lezteren wird ja auch bei der Spurfolge nicht an und für sich geprüft, sondern lediglich nach der Frage, ob der Spurfolger im Rechtsstreite um das Eigenthum Sieger bleibt oder nicht. Ich behaupte aber, und werde im folgenden Paragraphen beweisen, daß Jobbés Ausgangspunkt schon verfehlt ist; daß die Lex Salica keineswegs mehr die Spurfolge als nothwendigen Beginn der Anefangsklage betrachtet. Und das ändert die ganze Sachlage. Denn wird ohne Spurfolge mit bloßem Anefang vorgegangen, so beginnt der Process ohne ausdrückliche strafrechtliche Beschuldigung.[1]) Jobbé behauptet freilich (SS. 16—21) das grade Gegentheil; aber nur, weil auch er den Saz „Meubles n'ont pas de suite" für uralt hält.

Die bisherigen Auseinandersezungen enthalten schon Jobbés Widerlegung vollständig. Denn was er sonst noch vorbringt, sind bloße Hilfsargumente, die allein die Sache nicht halten können, und zwar um so weniger, weil sie selbst an und für sich ebenfalls sehr schadhaft sind. Dahin gehören die folgenden Deductionen und Behauptungen.[2])

---

[1]) Implicite beschuldigen sich allerdings beide Theile, indem jeder die Sache als „sein" beansprucht; aber die Beschuldigung wird nicht ausdrücklich ausgesprochen, wie bei der Spurfolge. Vrgl. auch die lombard. Glosse: „da wadium de auctore" zu Rothar. 238 (Mon. G., Legg. IV. 357).

[2]) Eigentlich sollte nachfolgends auch noch ein Argument besprochen werden, das Heusler (Gewere, S. 492 f.) dem langobard. Gesez Liutpr. 131 ent-

Digitized by Google

a) Die bereits oben (S. 13 f.) in der Note beleuchtete Schlußfolgerung. Wie bemerkt, sezt sie die — unerweisliche und durchaus unglaubliche — Existenz einer reinen Privatstrafklage wegen Diebstahls ohne allen dinglich petitorischen Beisaz voraus. Dieselbe Hypothese liegt auch dem folgenden Saze (S. 20) zu Grunde: „que l'objet volé soit ou non retrouvé, les conclusions du demandeur sont toujours les mêmes". Soll ich mit dem „ou non retrouvé" überhaupt einen bestimmten praktischen Sinn verbinden, so kann ich nur verstehn: der Spurfolger hat Haussuchung gehalten, und ist zu keinem Ergebniß gekommen. Wie der Spurfolger in diesem Falle aber überhaupt dazu kommen könnte, einen Klagantrag (conclusion) zu stellen, ist mir um so weniger klar, als ich gar keine Person sehe, gegen die sich der Antrag richten könnte. Ich sehe im Gegentheil nur, daß sich der Spurfolger selbst des Delicts der Heimsuchung (Wilda, Strafr. SS. 952—55), der violens ingressio (Lex Rib. 47. 3, Mon. G. Legg. V. 236) schuldig gemacht hat. Gesezt aber auch, es ließe sich im Falle des „non retrouvé", noch eine „action de vol proprement dite" annehmen — eine Hypothese freilich, die an Kühnheit das Denkbare überbietet, weil, namentlich nach damaliger germanischer Anschauung, nichts das Nichtvorhandensein eines Diebstahls so evident machen könnte, wie eben das „non retrouvé" — gesezt aber, wie gesagt, es stünde jezt doch noch die Diebstahlsstrafklage dem Spurfolger zu Gebote, mit welchem Schein von Recht könnte man behaupten, daß seine Klageanträge doch noch genau dieselben seien, wie bei der Anefangsklage? Der ganze dinglich petitorische Theil der Klage fiele ja hinweg; die ganze Procedur nähme überhaupt einen wesentlich anderen Charakter, den Charakter des Strafverfahrens im eigentlichen Sinne an; und die Gleichheit der Klageanträge könnte doch nur darin bestehn, daß auch dieser Kläger Diebstahlsbuße fordert. Ich sollte aber doch meinen, nichts schnitte die Möglichkeit, die Anefangsklage als reine Strafklage zu behandeln, so vollständig ab, als wenn man ihr noch eine „action de vol proprement dite" an die Seite sezt.

b. Jobbé sagt (S. 64 f.): „Dès que l'animal volé a passé des mains du détentateur originaire dans celles du vendeur — scil. beim gerichtlichen Austrage des Gewährschaftszuges —,

---

nimmt, das aber Jobbé selbst gar nicht zu kennen scheint, obwohl es den Werth der Argumente, auf die er sich selbst stüzt, bedeutend überbietet. Indeß es wird nothwendig werden, jene Gesezesstelle in § 3 dieses Kapitels noch eingehend zu besprechen; und so mag es denn vorläufig genügen, darauf aufmerksam gemacht zu haben, daß auch dies Argument sich noch für Jobbés Theorie anführen ließe.

Digitized by Google

le premier est mis absolument hors de cause. Le procès s'engage exclusivement entre le demandeur et le garant. Quelle est l'origine de la rémarquable théorie dont nous venons de parler? Nous la rattacherons, quant à nous, au caractère criminel de notre action. C'est une accusation de vol qui est formulée contre celui qui est saisi ayant en main l'objet volé. L'accusation de vol tombant dès que le fait de l'acquisition en public est établi, le défendeur doit nécessairement être absous et mis hors de cause.'

Diese Schlußfolgerung ist ebenso bündig, wie die vorige lose und nichts beweisend. Nach Jobbés Annahme wird die Anefangsklage auf der passiven Seite mitsamt dem Besiz des Streitobjects vom ursprünglichen Inhaber auf den Gewährsmann, von diesem auf den Gewährsmann des Gewährsmannes und so fort transmittirt, bis daß beides an einen Schuldigen gelangt, dem das „se exuere de latrocinio" nicht mehr möglich ist. Dieser leztere geht schließlich daher auch als der einzige Beklagte, und zwar als besiegter Beklagter aus dem Processe hervor. Der Schluß ist so einleuchtend und zwingend, man glaubt, wenn man ihn lebhaft überdenkt, förmlich die Anefangsklage auf den Schwingen der Criminalität von Ort zu Ort dahinfliegen zu sehn, bis sie sich endlich auf das schuldige Haupt niederläßt. Troz seiner logischen Strenge ist der Schluß aber doch beweisunkräftig, weil er auf falscher thatsächlicher Voraussezung beruht. Vielfach wird allerdings die Lehre verbreitet, die Stellung des Gewährsmannes durch den Inhaber befreie lezteren vom Processe, sobald der Gewährsmann nur die Vertheidigung übernehme. Aber die Lehre ist höchstens für das jüngere lombardische Recht des Liber Papiensis wahr, nicht für das ursprüngliche Germanenrecht, insonderheit nicht für die Lex Salica und Ribuaria. Die Frage muß späterer quellenmäßiger Untersuchung (in der II. Anmerkung zu § 2 dieses Kapitels) vorbehalten bleiben; hier genügt, Folgendes zu sagen. Der Verkäufer übernimmt nach germanischem Recht grade so wie nach römischem nicht weniger, aber auch nicht mehr, als die Verpflichtung zur Nachwährschaft, namentlich Nachwährschaft wegen Eviction. Das heißt, er verpflichtet sich, den Käufer gegen alle rechtlichen Anfechtungen in seinem Besize zu vertheidigen, nicht aber die Sache zurückzunehmen, sobald sich irgend ein Evincent zeigt. Der Evictionsfall an sich berechtigt daher auch den Käufer noch nicht, den Kauf rückgängig zu machen, sondern er bleibt der eigentlich dinglich Beklagte, und hat als solcher auch regelmäßig die Streitsache bis zum Austrage des Processes zu verwahren. Diese Sach-

Digitized by Google

lage vernichtet Jobbés Folgerung vollständig. Die Anefangsklage hört damit auf, jenes Flatterwesen zu sein, das Jobbé aus ihr macht. Ihre Intention ist von Anfang bis zu Ende auf ein und denselben Punkt gerichtet; und die Gewährsleute werden zu einfachen Instrumenten der Vertheidigung des Hauptbeklagten. Nur das ist das Eigenthümliche der Anefangsklage, daß nicht bloß der hauptbeklagte Inhaber vom Gewährsmann, der als Schuldiger unterliegt, verlangen kann, daß er ihn dem Kläger gegenüber wegen Buße und etwanigen Schadensersazes expromittirt, sondern daß der Kläger sogar von Rechts wegen gezwungen ist, sich wegen dieser Forderungen lediglich an den eigentlich Schuldigen zu halten. Das aber zieht das germanische Recht lediglich unter den Gesichtspunkt der Vertheidigung. Die Restitution des Streitobjects an den Anefangskläger ist dagegen lediglich Sache des hauptbeklagten Inhabers.

c. Endlich vertheidigt Jobbé (S. 20) seine Theorie noch durch folgenden Saz:

„Notre action est donc simplement une forme de l'action de vol; et cela est si vrai que d'après les lois barbares la victime du délit — der Anefangskläger — ne serait certainement pas autorisée à intenter l'action directe de vol contre le voleur et la revendication mobilière contre le prosseseur."

Diesem Schluße fehlt es wider genau ebenso an logischer Bindekraft, wie dem oben unter Lit. a besprochenen. Die von Jobbé hervorgehobene Thatsache läßt doch weiter nichts erkennen, als daß ein geheimnißvolles Band die dingliche und criminelle Seite der Anefangsklage mit einander verkettet. Aus dieser Thatsache aber zu folgern: „Notre action est donc simplement une forme de l'action de vol", ist zu weit gegangen. Jobbé muß hier raisonirt haben: der criminelle Bestandtheil ist der unlösliche Bestandtheil der Anefangsklage, also ist diese ihrer eigensten Natur nach Strafklage. Dies Raisonnement überspringt jedoch ein sehr wichtiges Glied in der Kette. Der Anefang und die darauf gegründete Klage schließen sich an die Streitsache an; eine Thatsache, die (nach Lex Sal. 47. 2) processual dadurch Ausdruck erhält, daß durch den Ort des Anefangs das Forum für die Verhandlung der ganzen Sache begründet wird; vor dem sich daher auch die Gewährsleute zu stellen haben. (Ebenso Lex Rib. 33. 2 u. 72. 1.)[1]) Das ding-

[1]) Ob der Anefänger dem Gewährsmann im Reinigungsverfahren vor dessen Forum zu folgen hat, wird sich später finden.

liche Element der Klage ist also das durchaus praevalirende und dominirende. Unter solchen Umständen aber weist jene eigenartige Verkettung des strafrechtlichen und dinglichen Elements der Klage gewiß nicht auf einen strafrechtlichen Grundcharakter hin.

Dritte Theorie. (Laband.)

Die Theorie, welche die Anefangsklage, entsprechend der dürftigen Rechtsgelehrsamkeit der deutschen Schöffen des späteren Mittelalters, unter die „gemischten" Klagen verweist, steht und fällt mit der von Planck [1]) angeregten Idee, das deutsche Recht vertrage nicht, sich nach römischen Begriffen schematisiren und classificiren zu laßen. Diesen Saz werden wir uns daher mit ganz besonderer Schärfe zu betrachten haben. Ich gehe dabei aber natürlich nicht ein auf seine bereits erwähnte, vorzügliche Widerlegung aus den Quellen selbst, die jezt Heusler (Institutionen, SS. 377 u. 384—94) geliefert hat; Heusler hat mir da nichts zu thun übrig gelaßen. Ich will nur einen abstracten Einwurf, den Heusler (S. 394) bloß kurz andeutet, etwas weiter ausführen. Laband begründet seine Ansicht (Vermögensrechtl. Klgn., S. 5) [2]) — vollkommen in Plancks Sinne — folgendermaßen:

> „Im römischen Process legt der Kläger sein Recht dar. Die Verurtheilung des Verklagten ist bloße Consequenz davon . . . . Im deutschen Process bildet die vom Verklagten verlangte Leistung, seine Schuld, den Ausgangspunkt. Das Recht des Klägers, aus welchem der Anspruch sich herleitet, hat erst secundäre Bedeutung." [3])

Diese Anthithese ist geschickt. Sie blendet, weil sie auf quellenmäßigem Grunde zu beruhen scheint; aber sie scheint das auch nur. In Warheit ist die Anthitese die Gegenüberstellung zweier

[1]) „Das Recht z. Beweisführung" (Ztschr. f. deutsch. R., X. 205 ff.).

[2]) Vrgl. ferner S. 8 u. SS. 52—56. Derselbe Gedanke findet sich auch bei Zöpfl, a. a. O., S. 155. Vermuthlich ist er wohl erst von Laband in die 4. Aufl. der RG. aufgenommen; denn in Zs. Theorie der Anefangsklage bildet er eine völlig isolirte Größe.

[3]) Richtiger hat Heusler (Beschränkung, S. 21, N. 13 a. E. u. S. 31, am Schluße der ganzen Abhandlung) den Gedanken formulirt. Beide Stellen sind aber bei der theilweisen Umarbeitung der Abhandlung behufs ihrer Aufnahme in die Abhandlung über die Gewere (S. 494 u S. 502) gestrichen. Fast unverändert kehren Labands Behauptungen wider bei A. del Vecchio, Rivendicazione, S. 26 f.

Digitized by Google

sich gegenseitig ergänzender Bestandtheile, welche jeder Rechtsstreit der Natur der Sache nach haben muß, die daher sich auch beide eben sowohl im römischen wie im germanischen Processe finden, nur daß sie in beiden Rechten verschieden ausgebildet sind, und verschieden in den Vordergrund treten. Des Klägers subjectives Recht allein kann auch nach römischem Recht unmöglich zur Verurtheilung des Beklagten führen, sondern es muß auf des lezteren Seite noch jene Passivlegitimation, jene Schuld vorhanden sein, über welche — nach germanischer Vorstellung — der Forderer sich beim Richter beklagt, weil das außergerichtliche Mahnverfahren, die eigentliche „actio“ des germanischen Rechts, nicht dazu geführt hat, den Schuldner zum Ausgleich seiner „Schuld“ zu bewegen. Ebenso wenig reicht aber nach germanischem Recht die bloße Schuld des Beklagten hin, ihn für einen Schuldner eben dieses Klägers zu erklären. Lezterer hat sich vielmehr zu diesem Behufe darüber auszuweisen, daß er der richtige Mann ist, über die Schuld zu „klagen“. Besteht also die Schuld des Beklagten im Haben einer Sache, so muß der Kläger nicht bloß abstract behaupten, daß jener „malo ordine“ detinet, sondern er muß zeigen, bez. bescheinigen, daß der Besiz des Beklagten „malo ordine“ ist, weil dadurch der Kläger beeinträchtigt wird, weil er dem Rechte nach die Sache haben sollte. Und dieser Beweis, diese Bescheinigung der Sachlegitimation ist wirklich auch die erste und vornehmste Obliegenheit des Klägers bei der altgermanischen Vindication, bei der Vindication von Liegenschaften nicht weniger, wie bei der von Fahrhabe. Wir werden uns seiner Zeit überzeugen, daß in beiden Fällen der Act des Anefangs eben diese Eigenthumsbescheinigung ist.

Speciel für die Anefangsklage, um durchaus bei dieser stehn zu bleiben, ist also Labands Argumentation gewiß keine glückliche. Grade bei dieser Klage aber sind wir im Stande, mit Hilfe der schon oben verwertheten Analogie der altrömischen Mobiliarvindication fast zwingend darzuthun, daß sie wirkliche actio in rem des Eigenthümers ist.

Der Anefang in seiner ältesten Gestalt, das manum mittere, wie ihn Lex Rib. 33, 1 nennt, ist nichts weiter, als die Bescheinigung, daß der Vindicant wirklicher Eigenthümer ist durch den Nachweis des Eigenthumszeichens, dem Sitte und Recht beweisende Kraft beigelegt hatten. Der Umstand nun, daß das manum mittere in Gestalt des vindictam imponere, noch nach Gaius, IV. 16 bei der altrömischen Mobiliarvindication eine ganz ähnliche Rolle spielt, wie in Lex Rib. 33. 1, zeigt, daß in noch älterer Zeit das römische Recht den Anefang ebenfalls gekannt haben muß, der dann allmälig durch

Digitized by Google

den abstract deductiven, schon von Gaius vorausgesezten Eigenthumsbeweis verdrängt ist. Nun ist aber doch wohl so viel klar, daß das Schema actio in rem und actio in personam mit dieser Entwicklung nichts zu thun hat. Es mag in das wißenschaftliche Bewustsein der römischen Juristen erst zur Zeit der Abstractionen gekommen sein; die Sache aber ist schon zur Zeit des römischen Anefangs dagewesen, und hat sich von dort in die Zeit der Abstractionen fortgepflanzt. Das Wesen der Abstraction ist ja dem Schaffen entgegengesezt; sie kann nichts anderes, als das empirisch Gegebene zum wißenschaftlichen Bewustsein bringen; und — aus Gründen, die ich sofort angeben werde — bin ich sogar fest überzeugt, daß das Epitheton wißenschaftlich im vorliegenden Falle viel stärker betont werden muß, wie Bewustsein. Ein empirisches Bewustsein von der Dinglichkeit des Eigenthums hat man offenbar längst gehabt, bevor die Logik den Begriff Eigenthum analysirte. Sollen wir uns also von Laband abhalten laßen, die Anefangsklage ein wirklich dingliches Rechtsmittel, eine wahre rei vindicatio zu nennen, bloß weil die germanischen Volksrechte noch am Anefangssystem festhalten, und das System des abstract juristischen Beweises noch nicht kennen; und weil deshalb die Sachlegitimation des Klägers einen unscheinbar verschwindenden, die Erörterung der Schuldfrage dagegen einen sehr breiten Raum im Processe einnimmt? Ich kann mich dazu nicht entschließen. Es giebt allerdings eine Doctrin, die mich dazu zwingen würde, müßte ich sie als richtig anerkennen. Nichts ist aber auch so im Stande, meine Ansicht, daß die Anefangsklage wahre Vindication ist, zu rechtfertigen, wie die Kritik eben dieser Ansicht.

Als Vertreter derselben wähle ich Poincaré[1]) aus, der sie mit berechnetster Genauigkeit formulirt, weil sie ihm zur Grundlage

[1]) Auch Pertile (a. a. O., S. 244 f.) ist hier zu nennen, dem Poincaré seine Ansicht entlehnt zu haben scheint. Auch er betrachtet es als urgermanisches Recht, daß der Inhaber der res praestita die Anefangsklage anzustellen berechtigt sei, und leitet diese Berechtigung ebenfalls davon her, daß man den Begriff Eigenthum noch nicht erfaßt, sondern sich lediglich an das thatsächliche Haben gehalten habe. Was gegen Poincaré zu sagen ist, gilt also auch gegen den italienischen Rechtshistoriker. Speciel Pertile führt aber (S. 245, bes. N. 25) — möglicher Weise mitveranlaßt durch Stobbes Besprechung von Liutpr. 131 (Vertragsrecht, S. 270 f.) — noch eine bedeutende Complication herbei, indem er den wirklichen Eigenthümer, (!) der die Sache freiwillig aus seiner Hand gegeben, nach ältestem Recht nur dann von der Vindication ausgeschloßen sein läßt, wenn derjenige, dem sie anvertraut ist, für ihr Abhandenkommen keinen Schadensersaz zu leisten vermag. In diesem Falle macht sich also doch der rein dingliche Eigenthumsbegriff geltend!

Digitized by Google

dienen soll für seine oben schon zurückgewiesene Theorie von der Wesenheit der Anefangsklage. Er sagt (a. a. O., S. 23): „Chez les premiers Germains on ne concevait pas que des droits séparés, distincts, fussent attachés à la fois, les uns à la propriété abstraite, (!) les autres à la possesion ou à la détention d'un objet

---

Eine entgegengesezte Stellung nimmt Stobbe ein. Er hat es richtig erkannt, daß der Eigenthums**begriff** überhaupt die Grundlage des Privatrechts ist (Handb., II. 1. S. 48 f.) Demgemäß erkennt er auch an, daß dieser Begriff auf dem Gebiete des Mobiliarrechts bereits bei den alten Germanen des V. Jahrhs., insbesondere bei den Salfranken, vollständig ausgebildet gewesen sei. Dennoch aber ist auch ihm die Ausschließung des Eigenthümers von der Verfolgung der Fahrhabe gemäß des Princips Hand m. H. w. ein Saz der ältesten germanischen Volksrechte. Das führt ihn (a. a. O. II 2, S. 555 f.) — eine frühere Andeutung, Vertragsrecht, S. 252, N. 2, weiter ausführend — dahin, dem Mobiliar**eigenthum** die dingliche Wirkung abzusprechen. Der Eigenthümer sowohl wie der derivative Besizer bez. Innehaber verfolgen nach Stobbe die Fahrhabe nicht auf Grund dinglichen Rechts, sondern — wie schon oben, S. 6, N. 1, gezeigt ist — mit der Spolienklage. (Vergl. a. a. O., S. 562). Überschauen wir aber alles, was Stobbe über diese Materie veröffentlicht hat, so schafft er eine noch stärkere Complication wie Pertile. Ich habe soeben schon angedeutet, und wir werden es später noch genauer sehen, daß er Vertragsrecht, SS. 270—275) die Regel Hand m. H. w. ebenfalls von der Schadensersatzpflicht des Treuhänders ableitet. Wo diese cessirt, soll nach echtem deutschen Recht der Eigenthümer doch haben anefangen und vindiciren dürfen. Hier kommt also plözlich eine dingliche Wirkung des Eigenthums zur Erscheinung.

Auch bei Delbrück — das mag hier noch ausdrücklich hervorgehoben werden — spielt die Entwicklung des Eigenthumsbegriffs im germanischen Recht eine sehr sonderbare Rolle. Vergl. darüber Sohm, Process, S. 101, bes. N. 11. Sohm selbst hat sich übrigens nachträglich von diesen Theorien entschieden beeinflußt gezeigt. Auflaßung, S. 108, stellt er nämlich den Saz auf: „Die bewegliche Sache ist des deutschen juristischen Besizes ebenso unfähig, wie des echten“ — soll offenbar sagen des **wahren** — „Eigenthums. Das heißt, für die Fahrhabe ignorirt das deutsche Recht den animus“. Wir werden im folgenden Paragraphen sehn, daß das germanische Recht sogar Besiz- und Eigenthums-Ergreifung solo animo vermittelst der Eigenthumsmarke kennt. Diese kühne Behauptung widerspricht also den Quellenzeugnißen. Abgesehen davon aber, ist es theoretisch sicher weit richtiger, dem alten Germanen den Begriff Eigenthum einfach abzusprechen, als ihm so unsichere Vorstellungen davon anzudichten, wie es bei Stobbe, Pertile und Poincaré, ja im Grunde genommen schon bei Bruns geschieht. Beachtenswerth ist übrigens, daß Sohm, Fränk. Reichs- u. Ger.-Vf., S. 117 f., der Lex Salica auch das wahre Grundeigenthum in der utrirtesten Weise abspricht. Nach seiner Theorie kennt also die Lex Salica überhaupt noch kein Privatrecht. Daß dem ohnerachtet die Begriffe res praestita, Raub, Diebstahl, Einbruch bereits in der Lex Salica fest ausgeprägt erscheinen, muß solcher Theorie gegenüber gradezu den Charakter des Wunders annehmen.

Digitized by Google

mobilier. Ce départ, cette distribution n'ont pu se faire que plus tard et progressivement."

In Übereinstimmung mit Pertile (a. a. O., S. 239 u. 244) — und auch mit Jobbé (SS. 79, 82, 85) — erkennt Poincaré (S. 7 u. 17) ganz richtig an, daß die Germanen z. Zt. der Redaction der Volksrechte die Idee des Sondereigenthums an Fahrhabe bereits erfaßt haben. Das allein sollte schon verhindern, ihnen eine so verschwommene Vorstellung von der begrifflichen Wesenheit des Eigenthums anzudichten. Außerdem aber stellt auch die Lex Salica die beiden Kategorien res propria und res praestita, bez. aliena, so bestimmt neben einander, daß man deutlich sieht, ihre Redactoren sind bereits über die thierisch materialistische Unklarheit hinaus gewesen. Wir werden auch sehn, daß das Eigenthumszeichen bei Fahrhabe in den beiden altfränkischen Gesezbüchern eine sehr hervorragende Rolle spielt. Dadurch aber, daß sie sich des Eigenthumszeichens bedienten, gaben sie deutlich zu erkennen, daß ihnen das Eigenthumsrecht als Urquell aller möglichen Verfügungs- bez. Gebrauchsrechte über die Sache, folgeweis als verschieden von allen sonstigen Rechten auf die Sache galt, so daß keine subtile Hypothese im Stande ist, das wegzudisputiren. Denn nichts kann die Idee der Dinglichkeit so unwidersprechlich ausprägen, als daß das Rechtsverhältniß dem Dinge selbst „aufgezeichnet", assignirt wird. Es entspricht dies ganz den Anschauungen einer Zeit, die außer dem Eigenthum überhaupt noch kein dingliches Recht kennt [1]), aber mit desto intensiverer kriegerischer Festigkeit den Gedanken der Dinglichkeit beim Eigenthum festhält, bei dessen Erwerb schon die Übermacht des Kriegers sich theilweise in hervorragender Weise wirksam zeigte.

Sicher hat also auch das altgerm. Recht bereits die echte rei vindicatio gekannt; v. Buch aber, der Erfinder der Kategorie „gemischte" Klage, hat allerdings keine Idee davon gehabt, was Vindication ist. Was besagt denn die Bezeichnung „gemischte" Klage? Die Antwort, die Laband auf diese Frage giebt, ist der klarste Beweis dafür, daß die Bezeichnung drei Viertel ungegorenen Most unter ein Viertel klaren Wein gießt. Wir erfahren nur — und können nichts weiter erfahren — (S. 93 f. u. 102), daß die Anefangsklage deshalb eine gemischte sei, weil sie aus zwei

[1]) Die Ansicht, welche schon in der Lex Salica dingliche Rechte an fremder Sache ausgebildet findet, wird in § 2 dieses Kapitels widerlegt werden.

Digitized by Google

verschiedenartigen Elementen bestehe, einem privatrechtlichen und einem strafrechtlichen. Auf die genauere Charakterisirung des ersteren hat sich Laband nicht eingelaßen, sondern nur auf die des lezteren und seines Verhältnißes zu dem privatrechtlichen Element. Über letzteren Punkt heißt es, S. 94:

„Es konnte sich allerdings an die Anefangsklage die Diebstahlsbeschuldigung anschließen; allein dasselbe konnte bei der schlichten Klage der Fall sein, da jeder, welcher den Besiz einer fremden Sache abgeleugnet hatte, die nachträglich in seinem Besiz gefunden wurde, als Dieb galt.[1]) Allein dessenungeachtet liegt in der Klage mit Anefang eine Beschuldigung, daß der Verklagte den Besiz der Sache nicht auf ordnungsmäßigem Wege erhalten habe. . . . Bei der Klage mit Anefang ist der einfachen Klage auf Herausgabe der Sache gewißermassen accessorisch eine Delictsklage mit beigemengt.“

Das Richtige dieser Bemerkung finde ich darin, daß der Delictsbestandtheil der Anefangsklage als bloßes Accessorium des privatrechtlichen Bestandtheils hingestellt, und daß lezterer somit zum eigentlichen principium regens der ganzen Klage gemacht ist. Das zu wißen genügt aber allein noch nicht. Wir müßen vielmehr noch Aufschluß haben über den Rechtsgrund, worin das principium regens wurzelt. Laband thut so, als ließe sich dieser schlechterdings nicht erkennen; und Heusler hat früher (Beschränkung, a. a. O.) das sogar ausdrücklich behauptet, indem er gemeint, die executive Natur des altgerman. Processes habe den Rechtsgrund gar nicht zur Erscheinung kommen laßen. Dem widerspricht indeß schon die Bezeichnung der Klage als gemischt, und ihre Zerlegung in zwei betrogene Bestandtheile, welche ganz deutlich aus zwei verschiedenen Rechtsgründen hervorwachsen. Ich behaupte widerholt, unter Vorbehalt des Beweises in den beiden folgenden Paragraphen: der Rechtsgrund des privatrechtlichen principium regens ist durchaus das Eigenthum. In ältester Zeit ist auch zum Anefang kein anderer berechtigt, wie der Eigen-

---

[1]) Wir werden später sehn, daß die schlichte Klage fallen gelaßen, und mit Anefang vorgegangen werden mußte, wenn die Klage nachträglich zugleich auf Diebstahl gerichtet werden sollte. Im Sinne der alten Schöffensystematik liegt unstreitig die Unvereinbarkeit der schlichten oder bürgerlichen Klage mit criminellen Bestandtheilen. Das eben ist ihr Unterscheidungsmerkmal von der gemischten.

Digitized by Google

thümer, gleichviel, ob die Sache unmittelbar aus seinen Geweren abhanden gekommen ist, oder aus fremden, in die er sie selbst gegeben hatte. Erst die spätere Schöffenjurisprudenz Italiens, Frankreichs und Deutschlands hat dem Eigenthümer, welcher die Sache selbst aus seinen Geweren gegeben hatte, die Rückforderungsklage entzogen, und auf denjenigen übertragen, welchem die Sache anvertraut, ausgehändigt war.

Der Charakterisirung des „bürgerlichen" Elements der Anefangsklage als Eigenthumsklage entspricht auch aufs genauste ihr criminelles Correlat. Dasselbe entspricht dem Gedanken, daß eine rechtswidrige Aneignung zum Schaden des Klägers versucht wird.

Eben dies criminelle Correlat charakterisirt Laband (S. 102) nun noch folgendermaßen:

> „Der Delictsbestandtheil der Anefangsklage hat einen Charakter, der der actio in rem scripta gewißermaßen als Gegenstück dient.[1]) Die Beschuldigung der Unredlichkeit wird zwar demjenigen gegenüber erhoben, bei dem die Sache ergriffen wird; aber durch das Ziehen an den Gewähren wälzt sich die Anschuldigung fort von einem Vorbesizer auf den anderen, bis sie auf denjenigen kommt, der sich nicht von ihr losmachen kann. Ist die litigiose Sache dem Kläger auf widerrechtliche Weise fortgekommen, so hat er Aussicht, den Delictsprocess endlich durchzuführen, auch wenn er die Sache in den Händen eines gutgläubigen Besizers findet."

Hierdurch gewinnt es — besonders, wenn man den literarhistorischen Hintergrund der „actio in rem scripta" bedenkt — nachträglich den Anschein, als wäre doch der criminelle Bestandtheil der Klage ihr eigentliches principium regens. Wie ich aber schon gegen Jobbé ausgeführt habe, ist dem keineswegs so. Nicht die criminelle Beschuldigung trägt die Anefangsklage weiter von Mann zu Mann, sondern ausschließlich die streng privatrechtliche Gewährschaftspflicht.

Den bisher entwickelten Gründen für Verwerfung der buchschen Klagenclassification schließt sich endlich noch einer an, der schon oben, S. 11 ff., gestreift wurde, hier aber nochmals unter anderem Gesichtspunkte zu betrachten ist, weil er zeigt, daß sie grade für das uns hier hauptsächlich interessirende alte Recht völlig gegenstandslos ist.

---

[1]) Nachwirkung, bez. Modificirung der oben, S. 6, erwähnten älteren Theorie.

Digitized by Google

Es läßt sich wohl kaum verkennen, daß die spätere schlichte Klage aus der alten Klage de re praestita entstanden ist; indeß muß Sohm (Process, S. 68) und Jobbé (S. 19, N. 3) beigepflichtet werden, daß die alten Volksrechte noch keine Mobiliarvindication ohne Anefang, also noch keine schlichte Klage in dem hier gemeinten Sinne gekannt haben.[1]) Ja, man muß sogar noch einen erheblichen Schritt weiter gehn, und behaupten, daß der damalige Bildungsstandpunkt der Germanen die Ausbildung „schlichter“ Klagen noch gar nicht gestattet hat; daß alle ihre privatrechtlichen Klagen „gemischte“, Gaius würde sagen „sacramenti actiones“ (IV. 13) waren, d. h. daß ihnen sämtlich jenes criminelle Element, das wir bei der Anefangsklage kennen gelernt haben, als Accessorium anhaftete.[2]) Die Anefangsklage in die Kategorie „gemischte“ Klagen verweisen, heißt sonach, vom Standpunkte des ältesten Rechts aus betrachtet, ihr jede Eigenart absprechen. Diese Erkenntniß aber muß dazu führen, dem strafrechtlichen Beisaz jede Erheblichkeit für die Charakteristik zu versagen; und unterbleibt das, so tritt grade im alten Rechte die rein dingliche Natur der Anefangsklage hell leuchtend hervor. Der Kläger stüzt sich beim Anefange und später lediglich auf sein augenscheinliches Eigenthum, und zieht eben deshalb den Inhaber zur Rechenschaft, weil es augenfällig ist. Der beklagte Inhaber hat sich durchaus mit privatrechtlichen Gründen, mit einer vollgiltigen Erwerbsart, bez. Eigenthumserwerbsart, zu wehren.[3]) Das Hauptziel der Klage end-

---

[1]) Gleicher Ansicht ist auch Zöpfl, RG., 4. Aufl., III. 157 f., von dem Jobbé unrichtiger Weise (a. a. O.) das Gegentheil behauptet.

[2]) Sehr gut spricht Poincaré, S. 12, über diesen Punkt. Daß der Klage de fide facta und de re praestita dies Element angehaftet hat, bedarf keines besonderen Beweises. Ausdrücklich will ich aber hervorheben, daß meiner Überzeugung nach die Bußvare bei diesen beiden Klagen genau ebenso zweiseitig gewesen, wie bei der Anefangsklage und der altrömischen rei vindicatio. Diese Zweiseitigkeit wurde durch das processuale Gleichgewicht so dringend geboten, daß ich sie unbedingt voraussetze, obwohl sie quellenmäßig nicht nachweislich ist. Wie Lex Sal. 50 u. 52 immer nur von der Buße des Beklagten reden, so erwähnt sie und die Lex Ribuaria die Buße des unterliegenden Klägers auch sonst ebenfalls nicht; in letzterem Falle belehrt uns aber die spätere Quelle des Sachsenspiegels (II. 36 § 5; vrgl. ferner Sohm, Process, S. 72, N. 17 a. E.) über die Zweiseitigkeit und das natürliche Gleichgewicht der Bußvare. Vrgl. auch Pertile (Storia, a. a. O., S. 243).

[3]) Das gilt selbst für den Fall, wenn der Inhaber die Vertheidigung betreffs des dinglichen Hauptpunktes aufgiebt, indem er zwar behauptet, die Sache von einem Gewährsmanne erworben zu haben, diesen aber nicht mehr nennen zu können; oder indem er den Besiz der Streitsache von rein zufälligem

Digitized by Google

lich ist Widergewinnung der abhanden gekommenen Sache. Ohne dieses Ziel ist die Klage unmöglich, wie ich oben, S. 15 ff., gegen Jobbé gezeigt habe; und erreicht der Kläger das Ziel nicht, so wird er sach- und bußfällig. Tritt dagegen auf Seiten des Beklagten Buße ein, so ist sie lediglich Rechtsfolge davon, daß dies Ziel erreicht ist.[1]) Ja, es kann sogar vorkommen, daß dasselbe erreicht wird, ohne daß der Process eine strafrechtliche Wendung nimmt. (Lex Rib. 33. 4). In diesem letzteren Falle verflüchtigt sich die strafrechtliche Wirkung der Verlezung des dinglichen Rechts, weil die Unschuld des Inhabers rite festgestellt, der Delinquent aber nicht zu haben ist. Die treibende Kraft der ganzen Procedur ist also die Macht des dinglichen Rechts.

Eine solche Klage läßt sich schlechterdings nicht anders charakterisiren, als so wie es durch Bruns (a. a. O.) geschehen.[2]) Sie ist das Rechtsmittel des wirklichen Eigenthümers, eine Vindication in echt römischem Sinne.[3])

Die spätere Schöffengerichtspraxis hat allerdings diesen klaren Sachverhalt verdunkelt, indem sie die Säze: Hand muß Hand wahren und Meubles n'ont pas de suite adoptirte, und überdies die schlichte und gemischte Klage neben einander stellte. Ich gebe auch zu, daß die erstere Neuerung Veranlaßung zu systemloser Veränderung des Fundaments der Anefangsklage geworden ist, sowie daß die unwißenschaftliche Classification theilweis mit Folge dieser Systemlosigkeit sein mag. Andererseits behaupte ich aber auch, daß nichts die geschichtliche Rechtsforschung mehr zwingt,

Erwerbe. wie Finden u. s. w. herleitet, und also ein Besizesrecht für sich gar nicht in Anspruch nimmt. Naturgemäß bleibt dann nur noch ein Rechtsstreit über die Berechtigung des Klägers zur Bußforderung übrig; aber der Streit wird nicht durch strafprocessuale Untersuchung geschlichtet, sondern lediglich durch den Formalbeweis des privatrechtlich zuläßigen Erwerbs oder einer Besizergreifung, welche alle formalen Vorschriften beobachtet hat, welche das Privatrecht — wennschon z. Thl. im öffentlichen Interesse — vorschreibt.

[1]) Das tritt besonders deutlich hervor in Lex Rib. 33. 2: Sachfälligkeit des Inhabers in Folge der Contumaz des Gewährsmannes; letzterer wird dann ipso jure durch seine Contumaz auch bußfällig.

[2]) Der ältere Besiz, S. 31, sagt B., seine Theorie kurz zusammenfaßend: „Die Idee des Eigenthums (oder sonstigen Rechtes) bildete . . . formel die Grundlage und den Kern der ganzen Klage.“ In der letzteren Abhandlung finden sich aber auch bedenkliche Annäherungen an die alte albrechtsche Theorie. Vrgl. z. B. S. 86; S. 98 f. u. s. w.

[3]) Dieser Ansicht ist offenbar auch Siegel (Gerichtsverfahren, S. 91), den ich einer der besprochenen drei Kategorien nicht einzureihen wüßte.

Digitized by Google

an dem geschichtlichen Grundcharakter der Anefangsklage festzuhalten, wie eben die Systemlosigkeit der späteren Zeit. Wer diese leztere zum Ausgangspunkte der Untersuchung nimmt, wie es die bisher besprochenen Schriftsteller ohne Ausnahme thun, kann niemals zu wirklichem Aufschluß über den wahren Charakter unserer Klage gelangen.

Zum Schluß dieses Paragraphen noch zwei kurze Bemerkungen. Zunächst. Ich möchte constatiren, daß Planck (Gerichtsverf., I. 697 f.; 835; 838 f.) von gleichem Ausgangspunkte wie ich auch fast zu demselben Endziele gekommen ist. Auch er verwirft die Existenz jener beiden Rechtsregeln für die Zeit der alten Volksrechte, und erklärt sie für Neuerungen der späteren Schöffenjurisprudenz. Demgemäß erklärt er die Anefangsklage der ältesten Zeit für die Klage aus der „Eigenthumsgewere“, d. h. für die Eigenthumsklage, die Mobiliarvindication. Die spätere Anefangsklage dagegen soll die Klage aus der „juristischen“ Gewere sein; eine unklare Theorie, der Planck selbst wenig Vertrauen zu schenken scheint (vergl. z. B. a. a. O. S. 695), und die in Wahrheit nur ein Rückfall in die albrechtschen Subtilitäten ist. Das Vermeiden des Ausdrucks Eigenthumsklage und die Construction des — fictiven — Begriffs „Eigenthumsgewere“, sowie dessen auf die spätere Zeit berechnete Modification „juristische“ Gewere, laßen es aber auch erklärlich finden, daß Planck mit Laband darüber einig sein kann, das römische Actionenschema für das germanische Recht zu verwerfen. Ferner. Wenn ich vorstehend in der Lage war, von Übereinstimmung zu reden, so halte ich mich für verpflichtet, schon hier zu erwähnen, daß umgekehrt der Herausgeber der „Untersuchungen“, Herr Geheimrath Gierke bezweifelt, daß meine Ansicht, der Saz Hand muß Hand wahren sei dem ursprünglichen germanischen Recht fremd, richtig ist. Die Gründe seines Zweifels und Widerspruchs will ich aber noch nicht hier, sondern erst im 3. Paragraphen dieses Kapitels mittheilen und mit meinen eigenen Gegengründen zusammenstellen.

Anmerkung.

Die Frage, ob die germanischen Volksrechte bereits so weit gediehen sind, den praeventiven Charakter der Strafdrohung zu erfaßen, praejudicirt meiner Berechtigung, die Bußvare beim Anefang als processualen Balancier und als Mittel zur Verhütung frivoler

Digitized by Google

Vindicationen dem römischen Vindications-Sacramentum an die Seite zu stellen, in einer Weise, die von selbst einleuchtet. Die Thatsache ist jedoch nicht unbestritten. Sohm hat sie (Process, S. 170) behauptet, leider aber auch zugleich zu einer theoretischen Construction benuzt, die man als sachentsprechend nicht anerkennen kann. Dadurch ist der Widerspruch gereizt, und er hat dann die Thatsache selbst mitgetroffen. So sagt z. B. Löning (a. a. O., S. 31, N. 6): „Sohm . . . faßt . . . diese Bußen auf als eine materielle Garantie für die Rechtmäßigkeit des Verfahrens. Dies kann nur bedeuten, daß eine Unrechtmäßigkeit durch Erregung von Furcht vor diesen Bußen verhütet werden soll. Es ist kaum nöthig, zu bemerken, daß derartige abschreckende Tendenzen dem Geiste der alten Geseze durchaus fremd sind."[1]) Unter solchen Umständen ist es nothwendig, die bestrittene Thatsache durch systematischen Beweis festzustellen. Ich wähle dazu aber nicht die Diebstahlsbuße beim Anefang aus, sondern die Buße für Dilatur. Auch sie ist ihrem Ursprunge nach Delicts-Sühnebuße; bei ihrer Handhabung durch die Lex Salica und Lex Ribuaria tritt aber der Charakter der Sühnebuße so sehr in den Hintergrund, und dagegen jener processual praeventive Gesichtspunkt so bestimmt hervor, daß noch heute eine weit verbreitete, vielleicht die herrschende Ansicht[2]) ihren Charakter als Buße ganz verkennt, und sie vielmehr für eine rein privatrechtliche Entschädigung wegen des Verzugsinteresses hält. Ich verweise deshalb auf Jac. Grimm (Vorrede, S. LXXXV f.), dem sich von neueren und neusten Schriftstellern angeschloßen

---

[1]) Anderwärts imputirt aber doch Löning selbst dem altgerman. Bußrecht die hier bestrittene Nebentendenz, vrgl. z. B. S. 96 f.; oder wird durch seinen Stoff gezwungen, sie quellenmäßig nachzuweisen, vrgl. z. B. SS. 129—142; 567—72.

[2]) Vrgl. die Literaturübersicht bei Thonissen, S. 268 f. Thonissen selbst erklärt die Frage (S. 267 u. 268) für unergründlich, und meint (S. 273 f.), am meisten Wahrscheinlichkeit habe noch die Ansicht für sich, die ich als die „vielleicht herrschende" bezeichnet habe; aber auch sie sei nicht über alle Zweifel erhaben. Diese Ergebnißlosigkeit kann niemanden überraschen, der Säze bei ihm liest wie: ‚Sauf le seul cas der parjure" — Lex Sal. 48. 3 — „il" — das Wort dilatura — „est toujours mis en rapport avec la restitution de la valeur d'un object soustrait ou endommagé" (S. 266), und die Aufzählung der Dilaturenfälle der Lex Ribuaria überblickt, die er (S. 267) giebt. Es geht daraus hervor, daß ihm der Thatbestand von Lex Sal. 48. 3 und einzelner Bestimmungen der Lex Ribuaria gar nicht klar geworden ist. Alle von Thonissen angezogenen Geseze stimmen vollkommen zu der Theorie, die ich nachher aufstellen werde, und die im wesentlichen nur eine Emendation der Theorie von Waitz ist. Leztere bekämpft Thonissen, S. 272; aber grade auf ihrer starken, nicht auf der schwachen Seite.

Digitized by Google

haben Behrend (Wortregister z. Lex Salica, S. 144, s. v. dilatura), Boretius (bei Behrend, Lex Sal., S. 104, N. 18 u. Capitularia, S. 7, N. 16), Gengler (Glossar. s v. dilatura), Vecchio (a a. O., S. 269 f., N. 3), Jobbé (S. 68, N. 2), Poincaré (S. 43) und endlich Schmidt (Schadensersaz, S. 9 f.) Mit Recht hat indeß schon Waitz (D. alte Recht d. salisch. Franken, S. 198) dieser Ansicht widersprochen und (ebendas., S., 199) die Dilatur den wirklichen Bußen zugezählt, obwohl er über die Wesenheit des Delicts „Dilatur" keinen genügenden Aufschluß zu geben vermochte. Was Behrend (und nach ihm Boretius) für ihre Ansicht anführen, beruht lediglich auf unrichtiger Interpretation einer Stelle aus dem Pactus pro ten. pac. Childeb. et Chloth. reg., c. 16 (Boretius, Capitularia, S. 7). Dort wird angeordnet, die spurfolgende Trûst solle das halbe Vermögen des Diebes für sich wegnehmen, und davon die Dilatur an den Bestohlenen abführen (dilatura ei qui damnum pertulit sarciatur). Dann aber heißt es weiter: „Nam si persequens — die spurfolgende Trûst — latronem coeperit (= ceperit), integra sibi composicione, simul et solucione, vel quicquid dispendii fuerit, revocabit." Das dispendium des lezten Sazes soll nun eben die Dilatur, das Verzugsinteresse sein. Dem widerspricht indeß die Thatsache, daß nach dem vorhergehenden Saze die Dilatur dem Bestohlenen gebüßt werden soll, während dieser zweite Saz von Ersazforderungen der Trûst, und nicht des Bestohlenen redet. Das dispendium, der Schade, welchen leztere vergütet erhält, sind offenbar Zehrungs-, bez. Futterkosten und sonstige Beschädigungen, welche Mitglieder der Trûst bei der Spurfolge erlitten haben. Mit der Dilatur hat es nichts zu thun. Daß diese aber als wirkliche Buße betrachtet wird, beweist das verb. sarcire, was im ersten Saze gebraucht ist, und das ganz dem ags. gebêtan, dem latein. emendare (amendare) entspricht. Außerdem ergiebt sich positiv der wirkliche Bußencharakter der Dilatur aus Tit. 79 des heroldschen Textes der Lex Salica (Behrend, S. 120). Dieses Arguments, worauf ich später zurückkommen werde, hat sich bereits Waitz (S. 199) bedient. Vielleicht spricht dafür auch die pithousche Glosse fredus, dilatura, worauf Waitz (a. a. O., N. 3) verweist. Mehr wahrscheinlich ist mir jedoch, daß sie selbst erst durch den heroldschen Tit. 79 veranlaßt ist; auch ist die Gleichsezung von Dilatur und fredus (Gewedde) zweifellos fehlerhaft.

Worin besteht nun aber die Wesenheit der Dilatur? Waitz meint (a. a. O., S. 197), es wäre nicht möglich, „aus der Lex Salica selbst die eigentliche Bedeutung der Sache zu erkennen."[1])

[1]) Daher vermuthlich auch Thonissens Resignation.

Digitized by Google

Ich möchte dagegen behaupten, daß sie aus keiner Quelle sicherer erkannt werden kann; namentlich aus Lex Sal. 9, woran auch Jac. Grimm die Erörterung anknüpft. Dort heißt es zunächst §§ 1—3: „Si quis animalia aut caballum vel quodlibet pecus in messe sua invenerit, penitus eum vastare non debet (so ist er durchaus nicht berechtigt, es zu beschädigen, bez. zu töten). Quod si fecerit, et hoc confessus fuerit, capitale in locum restituat (so leiste er einfachen Ersaz); ipse vero debilem ad se recipiat. Si vero confessus non fuerit, et ei fuerit adprobatum, excepto capitale et dilatura . . . solidos 15 culpabilis judicetur." Jac. Grimm faßt hier confiteri im Sinne von „ein Geständniß ablegen". Dem widerspricht jedoch der folgende § 4: „Si quis in messe sua pecora aliena invenerit, qui pastorem suum non habent, et eas inclauserit, et nulli penitus innotescerit (durchaus niemandem Anzeige, Mittheilung davon gemacht hat; vrgl. Lex Burg. 49. 3, Mon. G., Legg. III. 553) et aliqua ex ipsis pecoribus perierit, capitale in locum restituat; et super (außerdem) . . . solidos 35 culpabilis judicetur". Hier steht das verb. innotescere ms. Es. genau in demselben Sinne wie §§ 1—3 u. 5 das verb. confiteri. Der Grundeigenthümer also, welcher fremdes Vieh beim Verscheuchen von seinem Satfelde beschädigt, oder dasselbe pfändet, weil es sein Satfeld verwüstet, begeht eine Dilatur, wenn er diese Thatsache verheimlicht, anstatt sie öffentlich bekannt zu machen, oder wenigstens dem Eigenthümer anzuzeigen, sofern er ihn kennt.[1]) Kommt es dann später zum Processe, und er leugnet die Sache dem mahnenden Eigenthümer ab, so ist das Delict der Dilatur consummirt, und der Delinquent hat die Dilaturbuße verwirkt[2]); ein sehr erheblicher Punkt, auf den am Schluße dieser Anmerkung zurückzukommen ist. Der Betrag der Buße ist merkwürdiger Weise nirgends angegeben.

Der strafbaren Verheimlichung, d. h. der Dilatur, kann sich auch der Dieb durch die nachträgliche Behandlung der gestohlenen Sache schuldig machen; und zwar auf mehrfache Weise. Zunächst

---

[1]) Confiteri in §§ 1—3 u. 5 hat Grimm zu unmittelbar dem negare in § 6 gegenübergestellt. Dem § 3 entspricht § 7. Man hat in § 7 ms. Es. vorauszusezen, daß der Kläger die fremden Thiere abgepfändet hat, und nun gegen den Eigenthümer klagt, bez. von ihm den Schadensersaz einmahnt. Dieser aber verleugnet sein Eigenthum (negat).

[2]) Daß die Unterlaßung der Anzeige erst nachträglich, wenn auch im Mahnverfahren der Besiz abgeleugnet ist, als Dilatur gilt, zeigt deutlich, daß erst das spätere Leugnen den Dolus unwidersprechlich erkennbar macht, die Dilatur vollendet.

Digitized by Google

durch heimliches Verbergen, Hehlen. Das scheint mir die Dilatur zu sein, welche Pact. pro ten. pac., c. 16, voraussezt. Deshalb heißt es auch an der betreffenden Stelle: dilatura „si fuerit"; denn es ist keineswegs nothwendig, daß der Dieb zugleich Hehler ist. Ferner kann der Dieb dadurch eine Dilatur begehn, daß er die gestohlene Sache veräußert. Das erklärt das Vorkommen der Dilatur in Lex Rib. 72. 1—3 u. 8. (Vrgl. ferner Lex Sal., Tit. 2—5; Tit. 7; 11; 12 u. s. w.; Lex Rib. 17. 1 u. 2; 18. 1 u. 2; 29; 33. 2 u. 3; 54. 1; 79; 82. 1; 85. 1 u. 2; 86. 1 u. 2; Lex Thuringor. cap. 37 u. 38, Mon G., Legg. V. 130 f.; auch Löning, a. a. O., SS. 99—102.)[1] Das erklärt ferner, daß in der pithouschen Glosse zur Lex Sal. 17. 18 dilator durch „mendax vel latro" erklärt wird. Nach dem bereits erwähnten Tit. 79 (§§ 1 u. 2) des heroldschen Textes der Lex Salica muß sogar angenommen werden, daß das vorstehend charakterisirte Delict der Dilatur durch Verhehlung einer jeden Strafrechtsverlezung begangen werden konnte. Den Hauptfall hat aber begreiflicher Weise so sehr das bußfällige Verlezen des Eigenthumsrechts an Fahrhabe gebildet, daß sich in den alten Texten der Lex Salica und in der Lex Ribuaria das Wort dilatura nie anders findet, als in der stereotypen Verbindung capitale et dilatura.[2])

[1]) Jobbé hat die Natur der Dilatur neben der Diebstahlsbuße (S. 69) vollständig verkannt. Er scheint, verleitet durch Sohm (Process, S. 72 f.), anzunehmen, die Dilaturenbuße sei die spätere „Anefangsbuße", während sich hier grade recht deutlich zeigt, daß leztere die reine Diebstahlsbuße ist. Das spätere Recht kennt den strafrechtlichen Begriff Dilatur und damit die entsprechende Buße nicht mehr. Übrigens ist es falsch, daß Jobbé (a. a. O.) dem französ. Recht des späteren Mittelalters die Anefangsbuße abspricht. Vrgl. dagegen Sohm, a. a. O., N. 17.

[2]) Unter capitale ist der Schadensersaz gemeint, neben welchem das german. Recht auch keinen besonderen Schadensersaz im Rechtsstreite um Fahrhabe kennt. Die Verzugsbuße beim Immobiliarzinse aber hat ihrer Wesenheit und ihrem Ursprunge nach nichts mit der Dilatur zu thun. Es ergiebt sich daraus, daß der Dilatur keineswegs implicite — wie es Löning, S. 159, zu wollen scheint — der Charakter des Schadensersazes zuzusprechen ist; und daß noch weniger capitale et dilatura zusammen den alten fränk. Schadensersaz bilden, wie Schmidt, Schadensersaz, S. 9, behauptet. — Die von Heusler (Institutionen. S. 63) angeregte Frage, ob der Werth des capitale durch gesezliche Taxe festgestellt gewesen sei, interessirt hier im Ganzen nicht. Ich glaube aber, sie ist zu bejahen, und daraus das absolute Schweigen der Geseze über den Betrag der Dilatur zu erklären. Denn leztere stand sicher wohl in einem gesezlich fixirten Verhältniß zum capitale. Übrigens scheint mir zweifellos unrichtig, mit Heusler die Adpreciation auf die gedächtnißmäßige Angabe des gesezlichen Taxwerthes zu beschränken. Die gesezliche Taxe galt nur für

Digitized by Google

Vergegenwärtigen wir uns nun noch ein Mal, was S. 30 festgestellt ist, nämlich, daß der Thatbestand, das Willensmoment beim Delicte der Dilatur zur vollen Feststellung erst gelangt, wenn später im Rechtsgange der Versuch gemacht wird, daraus Vortheil zu ziehn. Das ist eine Thatsache, die hier vollentscheidend ist. Nichts kann praeciser und deutlicher bekunden, wie sie, daß die alten Germanen die psychisch repressive Wirkung der Strafdrohung sehr wohl gekannt, und diese Kenntniß auch praktisch für den Process verwerthet haben.

---

§ 2.
Die altgermanischen Mittel des Eigenthumsbeweises bei Fahrhabe.

Die — spärlichen und primitiven — Mittel, welche das ursprüngliche germanische Recht dem Eigenthümer gewährt, wenn es gilt, abhanden gekommene Fahrhabe als abhanden gekommen und sein zurückzufordern, laufen durchaus auf das hinaus, was die deutsche Gerichtssprache des späteren Mittelalters Beweisung nennt; eine Thatsache, die schon Planck (Gerichtsverf. I. 834 f., bes. N. 3) constatirt hat. Sie sind also Mittel augenfälliger Bescheinigung, die aber allerdings z. Thl. noch durch den allgemeinen Formalbeweis des Eides verstärkt, so zu sagen, certificirt werden müßen.

Gleich das erste Beweismittel, das hier in Betracht kommt, die Spurfolge, zeigt unwidersprechlich den Charakter der augenscheinlichen Beweisung.[1]) Ihre processuale Function ist eine doppelte. 1. Zunächst stellt sie durch Augenschein fest, daß die abhanden gekommene Sache aus der Hofwere des spurfolgenden Eigenthümers in diejenige des Inhabers übergeführt ist; 2. Ferner aber wird durch sie der Zeitraum fixirt, seit wie lange die Sache schon aus der rechtmäßigen Gewere (Hofwere) in eine unrechtmäßige übergeführt ist. Leztere Thatsache ist in processualer Beziehung von einschneidender Bedeutung. Grundregel des fränkischen Rechts ist nämlich, daß der Inhaber, bei dem der Anefang, d. h. die Be-

---

fehlerfreie Thiere, die Adpreciation hatte also zu constatiren, ob das Thier fehlerfrei war, und, wenn nicht, wie viel es deshalb weniger werth sei, wie die gesezliche Taxe. Daher Bestimmungen wie Lex Rib. 72. 7.

[1]) Das ist auch bereits von Sohm (Process, SS. 63 ff.), Jobbé (S. 26 f.) und, wie mir scheint, Thonissen (S. 534 f.) erkannt.

Digitized by Google

schlagnahme der Sache erfolgt, sie bis zum Austrage des Rechtshandels als res litigiosa zu verwahren hat. Von dieser Grundregel soll aber abgewichen, und grade das umgekehrte Verhältniß hergestellt werden, wenn mit Spurfolge vorgegangen ist, und diese, wie Lex Sal. 37 sagt „in tres noctes", oder wie es Lex Rib. 47. 1 ausdrückt: „usque tertio die" zum Ziele geführt hat, d. h. wenn die Sache vor dem dritten Sonnenuntergange, also innerhalb zweier Tage[1]), seit ihrem Abhandenkommen widergefunden wird. Alsdann muß sie sofort dem Spurfolger ausgeantwortet werden. Ist aber der Inhaber in der Lage, sich auf einen derivativen Erwerb zu berufen, den ich hier vorläufig nur als „qualificirten" bezeichnen will, so hat sie nun der Spurfolger als res litigiosa zu bewahren, und dem Inhaber Gelegenheit zu geben, sie ihm im Wege Rechtens wider abzugewinnen, oder sich wenigstens von der Schuld dieblichen Erwerbs zu reinigen. Konnte dagegen in diesem Falle der Inhaber sich nicht auf qualificirten derivativen Erwerb berufen, so wurde er unbedingt als Dieb, vielleicht sogar als handhafter Dieb behandelt.[2])

---

[1]) Nicht, wie Jobbé (S. 25) u. a. annehmen, dreier Tage. Die fränk. Fristbestimmung stimmt genau überein mit Jydske Lovbog, II. 106 (Anchers Ausgabe, Kiobnhavn, 1783, 4°, S. 178 u. 180; 179 u. 181). Die übrigen von Jobbé (a. a. O., N. 2 u. 3) hier angezogenen Stellen, mit Ausnahme etwa von Gaius, III. 184, haben nichts mit der Sache zu thun, und erklären die Frist in keiner Weise. Das thut auch Gaius, III. 184, nicht, sondern läßt höchstens vermuthen, daß in alter Zeit auch die Römer die Spurfolge gekannt haben.

Die außerordentliche Wirkung der rechtzeitig geglückten Spurfolge hängt offenbar mit der praktischen Erwägung zusammen, daß innerhalb der kurzen zweitägigen Frist die Spuren des Diebstahls noch frisch und untrüglich sind. (Daher z. B. Childeb. et Chloth. Pactus pro ten. pacis, c. 16 — Boretius, Capitularia, S. 7 —: vestigia adsignata.) Es liegt somit in der Natur der Sache, daß die Frist — wie es Heusler (Beschränkung, S. 15) will, und Jydske Lovb., II. 106, unmisverständlich ausspricht — vom Tage des Abhandenkommens an zu rechnen ist. Willkürlich substituirt dafür Siegel (Gerichtsverf., I. 86) den Tag, wo der Eigenthümer Kenntniß vom Verluste erhält, während Lex Salica und Ribuaria gar so sprechen, als begänne der Lauf der Frist erst mit der Spurfolge selbst.

[2]) Beides ist in crimineller Beziehung ein sehr erheblicher Unterschied. Mir scheint Jobbé (S. 27 f.) und sein Widerholer Poincaré (S. 31) machen gar zu kurze Umstände, indem sie den Inhaber in jenem Falle sofort als handhaften Dieb behandeln laßen. Das german. Recht kennt sonst ebenso wenig wie das römische Handhaftigkeit, die erst einträte, nachdem sich herausgestellt hat, daß der Betroffene keine Entschuldigungsgründe hat, sondern es schneidet umgekehrt jede Entschuldigung in Folge der Handhaftigkeit ab. Damit stimmt auch Jydske Lovbog, II. 106, vollständig überein, und ebenso im wesentlichen

Digitized by Google

Daß die Spurfolge diese beiden Functionen wirklich erfüllt hat, kann nicht bezweifelt werden. Die Frage aber, wie sie dazu im Stande gewesen, ist von mehrseitigem rechtsgeschichtlichem Interesse, namentlich auch für die Einsicht in die processuale Structur der Anefangsklage. Ich lege in dieser Beziehung zunächst starkes Gewicht auf folgende zwei Punkte. Lex Sal. 37 und Lex Rib. 47. 1 stimmen in den beiden sehr erheblichen Thatsachen überein, daß Spurfolge nur stattfindet, wenn der Eigenthümer auf diebliche, bez. raubliche Weise seines Besizes entsezt ist, sowie daß nur vierfüßige Thiere (animalia) im Wege der Spurfolge verfolgt werden können.[1])

Sachsp. II. 35. (Vrgl. auch daselbst I. 57 u. I. 70, 3). Der Gevatternklatsch eines Glaber (Historiae sui temporis, lib. III, c. 6, Duschesne, Script., IV. 31) auf den sich Jobbé ferner beruft, um zu zeigen, daß der durch rechtzeitig geglückte Spurfolge überführte Inhaber als handhafter Dieb behandelt sei, hat keinen Anspruch auf Beachtung. Die Sache liegt vielmehr aller Wahrscheinlichkeit nach so, daß der Inhaber nur dann handhaft wurde, wenn man ihn unterwegs im Besize der verfolgten Sache fing, oder wenn er daheim ihren Besiz ableugnete, und desselben doch durch Haussuchung überführt wurde. (Vrgl. Decretio Childeberti II, c. 7 u. 8, Boretius, Capitularia, S. 16 f. Dies Gesez erwähnt auch zuerst der Todesstrafe wegen handhaften Diebstahls.) Die Haussuchung ist aber wider von der Spurfolge ganz unabhängig. Nach ältester german. Anschauung ist das Recht zur Haussuchung von jeder Verdächtigung durch Inzichten, die etwa durch die Spurfolge vorher hätten festgestellt werden müßen, unabhängig. Jeder Hausbesizer ist vielmehr verpflichtet, demjenigen, welcher bei ihm eine Sache anefangen will, zu gestatten, sich durch suchen zu überzeugen, daß sich die geforderte Sache nicht in seinen Geweren befinde. Sein Schuz gegen Misbrauch dieses Rechts besteht, abgesehn von der Buße für „Heimsuchung", lediglich darin, daß der Anefang überhaupt unter obrigkeitlicher Aufsicht geschieht.

[1]) Alle german. Geseze, die von der Spurfolge reden, sezen nur Thiere als verfolgt voraus; namentlich, aber gilt das von den beiden angeführten Stellen der Lex Salica u. Rib. Siegel leugnet (Gerichtsverf., I. 42) mit Unrecht diese Schranke. Durch ein Quellenzeugniß hat er jedoch seine Behauptung, daß überhaupt die Fahrhabe im Wege der Spurfolge verfolgt sei, nicht belegt, und hätte es auch nicht gekonnt. In vollkommenster Übereinstimmung mit Siegel sprechen sich aus Quitzmann, S. 334 f. in Vrb. m. S. 169, Sohm (Process, S. 57), an den sich dann wider Thonissen (S. 534 f.) u. a. angeschloßen haben, so daß heute allgemein die Spurfolge als Einleitung des alten Anefangsprocesses betrachtet wird. Vrgl. z. B. Heusler, Beschränkung, S. 21; v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 480; Vecchio, S. 36; Jobbé, S. 26 f.; Poincaré, S. 29. Höchstens könnte man aus Rothari. 266 (mit Jobbé, S. 72) und aus Ädelst., VI. 6, 3 folgern, daß in späterer Zeit auch Spurfolge hinter Sklaven üblich war. Indeß beide Geseze sprechen nicht von wirklicher Spurfolge, sondern lediglich von Nacheile; und namentlich gilt das von dem langobardischen Gesez, das zwar Menschenraub, nicht aber wirkliche Vindication voraussezt, obwohl es grade das verb. vindicare gebraucht. Dies bedeutet hier nichts weiter, als die Freigabe ver-

Digitized by Google

Dem ersteren Punkte lege ich deshalb große Wichtigkeit bei, weil ich daraus in Übereinstimmung mit der Tendenz der Anefangsklage auf möglichst sinnliche Beweisung des Klagerechts, folgere, daß gewiße augenscheinliche Zeichen des Einbruchs in die Hofwere u. s. w. des Bestohlenen die nothwendige Voraussezung der Spurfolge gewesen sein müßen. Es ist gar nicht anders möglich, als daß sie den Ausgangspunkt bezeichnet haben, von wo an die Spurfolge sich bewegte. Ohne solche augenscheinlichen Anzeichen nachzuweisen, kann es daher auch niemandem möglich gewesen sein, eine Spurfolge zu erzwingen. Von diesem Ausgangspunkte aus mußte sich nun aber in der That in altgermanischer Zeit ein sehr sicherer Spurweg finden laßen, wenn eben nur Vierfüßler Gegenstand der Spurfolge sein konnten.

Jene beiden Punkte treten aber in noch viel helleres Licht, wenn man noch einen dritten ins Auge faßt, der uns zugleich darüber aufklären wird, wie die Spurfolge im Stande sein konnte, über die Innehaltung des zweitägigen Fatale so vollständig zu entscheiden, daß die beiden fränk. Gesezbücher mit absolutem Stillschweigen über den Formalbeweis dieser entscheidenden Thatsache hingehn.[1]) Dieser dritte Punct ist der Umstand, daß schon die Spurfolge der Lex Salica eine amtliche Action war, die nur unter Zuziehung eines königlichen Beamten vorgenommen werden konnte, der — vermuthlich mit seinen Satelliten — die spurfolgende Mannschaft, d. h. den Bestohlenen, bez. Beraubten und die unentbehrlichen Nachbarzeugen, geleitete.[2]) Diese Behauptung tritt allerdings in diametralen

---

langen. Die Nacheile in Adst., VI. 6, 3 scheint mir außerdem eine abnorme Maßregel, veranlaßt durch eine gewiße Solidarhaft der Nacheilenden, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann.

[1]) v. Bethmann-Hollweg hat (German.-roman. Civilprocec. I. 482) diese „Lücke" durch die willkürliche Behauptung auszufüllen gesucht, der Spurfolger habe zu beschwören gehabt, daß er das Thier noch vor 3 Tagen beseßen. Diese Behauptung würde nicht aufgestellt sein, wenn sich v. B. nicht der im Texte zu bekämpfenden Voraussezung Sohms angeschloßen hätte.

[2]) Nicht zu verwechseln mit dieser Spurfolge, wohl aber mit ihr von Sohm verwechselt, ist die Nacheile mit Gerüft hinter dem fliehenden handhaften Diebe. Die von der Lex Salica und Ribuaria vorausgesezte Spurfolge hat keinen Dieb, sondern lediglich die Diebesspur vor Augen. Finder und Leiter der Spur kann aber nach dem strengen Principe der altgerman. Verhandlungsmaxime nur der Bestohlene gewesen sein; eine Thatsache, die auch das ags. Ges. Ädlst., VI. 4 (Schmid, S. 160) bestätigt, und die es veranlaßt hat, daß Lex Sal. 37 und Lex Rib. 47. 1 im Singular vom Spurfolger reden. Sobald er die Spur verloren, hatte sich die Sache im Sande verlaufen, und ihm fielen die Kosten der Folge zur Last.

Digitized by Google

Gegensaz zu einer Behauptung von Sohm (Process, S. 64), welche vielfältige Zustimmung erfahren hat. (Vrgl. Heusler, Beschränkg. S. 21; Vecchio, a. a. O., S. 36; Jobbé, SS. 21—23; Thonissen, S. 531; Poincaré, S. 29.) Sohm leugnet nämlich für die Lex Salica die Existenz eines entsprechenden königlichen Amtes, das hier hätte mitwirken können;[1]) und seine Darstellung der salfränk. Ämterverfaßung (Fränk. R. u. Gr.-Vf., § 4 u. 5) entspricht dieser Negative in harscharfer Weise. Diese Darstellung kann indeß hier nichts beweisen, sie ist nichts als eine organisch constructive Durchführung des Grundgedankens der Negative; und zwar eine bis zur Fehlerhaftigkeit kühne Durchführung. Das gilt namentlich von der Behandlung des Sakebaro, dieses verschleierten Bildes von Sais,

[1]) Eigentlich leugnet er nur die Existenz der „Polizei", was wenig genug sagen will, wenn man bedenkt, wie wenig analytisch abstract man damals noch in Statsverwaltungs-Fragen gedacht, und demgemäß organisirt hat. Zufällig hat uns aber Gregor v. Tours in den Stand gesezt, nachzuweisen, daß mindestens zu seiner Zeit die Franken wirklich schon systematisch „Polizei" und Gericht unterschieden haben. Er spricht, Hist. Francor., X. 5, von „judicaria" potestas, und unterscheidet davon, ebendas. X. 21, die „tribunicia" potestas. Daß aber leztere die Polizeigewalt ist, beweist Gregor T., VII. 23. Vrgl. dazu namentlich Waitz, VG. II. 2². S. 132. Sohms Leugnen der „Polizei" im altfränkischen State bedeutet natürlich nur das Negiren besonderer Statsorgane für Ausübung polizeilicher Functionen. Weit radicaler verfährt dagegen W. Sickel; er leugnet gradezu die abstracte Möglichkeit des Functionirens von Polizeiorganen im ältesten Germanenstate. Seiner Anschauung nach hat es damals begrifflich noch gar kein Polizeigebiet gegeben. Er sagt (Gesch. d. deutsch. Staatsverfaßung, Abthlg. I, Halle, 1879, 8°, S. 164): „Weder die Verfaßung noch die Selbstverwaltung haben die polizeiliche Thätigkeit des Freistats auf das geringste Maß beschränkt; die Schranke hat allein in der Bedürfnißlosigkeit der Bürger gelegen. Die Cultur der Zeit war so arm, daß nur die Rechtspflege als ein unentbehrliches und allgemeines Gut begriffen wurde; daß hingegen die Sorge für das weitere Wohlergehen der Gesamtheit regelmäßig der Gesellschaft überlaßen blieb. Während die Justiz Organe besaß, in denen sich aussprach, daß ihr Werth von allen anerkannt und eingesehn würde, hatte die Polizei eine selbständige Vertretung noch nicht erlangt." Es kann füglich dahingestellt bleiben, ob dies Idyll der goldenen Zeit ein passendes Gemälde der Zeit der erbittertsten Blutrache und der Raubzüge ist; so viel bleibt immer bestehen, Polizei hat es gegeben, so lange es einen Stat gegeben hat. Die Existenz der „Polizei" hängt nicht von der Existenz besonderer Polizeiorgane ab. Diese bildet erst allmälig die Nothwendigkeit der Arbeitstheilung aus. Dieselben Organe aber, welche im Gericht fungirten, haben in alter Zeit auch als Polizeiorgane das Leben und Eigenthum des einzelnen, wie ganzer Genoßenschaften geschüzt; und im Königreiche der Mervuringer hat es — wie gesagt — von Anfang an schon königliche Beamte gegeben, deren Hauptfunktion polizeilicher Natur war, hat man von Anfang an die Potestas judiciaria und tribunicia, Richter- und Polizeigewalt, unterschieden.

Digitized by Google

und vom Tribunus, der muthmaßlich den Sakebaro mit umschließt. (Vrgl. auch Waitz, VG. II. 2³, S. 11 f. u. 131.) Ihnen kann man wohl die Function zutrauen, auch die Spurfolge geleitet zu haben. Doch laßen wir diesen Punkt vorläufig noch fallen, um erst die spurfolgende Mannschaft zu betrachten.

Selbst diejenigen Forscher, welche sich diese (mit Sohm) ausschließlich aus einem Aufgebot der Nachbaren zusammengesezt denken, werden bei genauem Betracht finden, daß dieser Schar, sobald sie ein Mal wirklich als Schar constituirt war, der Charakter eines amtlichen, statlichen Organs zugesprochen werden muß. Das — vermuthlich von Chlodwig I. herrührende — Gesez „De mitio fristatito" (Boretius, bei Behrend, Lex Salica, S. 89) beweist das allein schon, indem es demjenigen die Einbrecherbuße (Lex. Sal. 34. 4) androht, der sich einer spurfolgenden Trûst hindernd in den Weg stellt. Außerdem macht Jobbé (S. 21 f.) noch auf gewiße Bestimmungen der isländ. Graugans und des späteren fränk. Reichsrechts aufmerksam, welche zu demselben Schluße führen. Danach hat nämlich das Aufgebot zur Spurfolge denselben zwingenden Charakter wie nach Sachssp. II. 71, 3 das Aufgebot durch Gerücht. Wenn aber die alte Spurfolge in diesem entscheidenden Punkte der späteren Gerücht-Folge gleicht, so muß der Schluß gezogen werden, daß auch die erstere ebenso wie die leztere ein öffentliches, amtliches Organ der Landespolizei ist.

Ich gehe aber, wie gesagt, noch einen sehr erheblichen Schritt weiter, und nehme an, daß es auch schon in Chlodwigs I. Reich, z. Zt. der Abfaßung der Lex Salica, königliche Beamte gegeben hat, zu deren Obliegenheiten es gehörte, die eigentliche Statsgewalt, den König, bei der Spurfolge zu vertreten; und ohne deren Zuziehung keine Spurfolge unternommen werden durfte. Ich gehe so weit, obwohl ich ausdrücklich anerkenne, daß sich kein directer Beweis für die Behauptung aus den Quellen führen läßt, sobald man von Lex Wisigothor. VII. 2, 1. absieht, was aus mehr, als einem Grunde in der That nothwendig ist.[1]) Ich stelle aber die

---

[1]) Jobbé behauptet, S. 73, für langobardisches Recht: „L'entiercement était effecté en présence de trois hommes libres et d'un représentant du comte." Diese Angabe läßt sich aber aus den Quellen nicht erweisen. Jobbé stellt ferner, S. 70, für burgundisch. R. die Behauptung auf: „Une sorte de veilleur ou agent de police, le veius, est chargé de mettre le propriétaire sur la bonne piste." Wäre das richtig, so wäre ein noch viel näherer Schluß auf die altfränk. Spurfolge geboten; indeß auch hier geht J. in seiner Behauptung zu weit. Der burgund. Vegius ist ein untergeordneter öffentlicher Beamter, ohne alle magistrale Befugniß, eine Art Wegeaufseher, der daher auch als Führer

Digitized by Google

Behauptung auf in dem Bewustsein, daß sich grade aus den fränkischen Quellen ein sehr stringenter Beweis dafür erbringen läßt, daß es schon zu Chlodwigs I. Zeit, ja bereits z. Zt. der Abfaßung der Lex Salica bei den Franken das gegeben hat, was wir Polizei nennen; und daß ferner sowohl geschichtliche Analogien wie abstrakte Erwägungen zu der Annahme zwingen, daß die Organe dieser Polizei bei der Spurlolge mit thätig gewesen sind.

Ich stüze meinen Beweis z. Thl. mit auf die Urkunde, der Sohm (Process, S. 64, N. 1) die rechtsgeschichtliche Bedeutung der Einführung einer „Polizei" bei den Franken beilegt,[1]) nämlich auf den Pactus pro tenore pacis der Könige Childebert I und Chlothar I[2]), insbesondere auf dessen c. 9 (Boretius, Capitularia, S. 5). Gleich dessen ersten Worte: „Decretum est, ut qui ad vigilias constitutas nocturnos fures non caperent" laßen bestimmt erkennen, daß es längst vor der Decretio ständige Nachtwachtsscharen bei den Franken gegeben, die nothwendig ihre Commandeurs gehabt haben müßen, die man füglich wohl Polizeihauptleute nennen kann. Damit aber ist ms. Es. die Existenz solcher Polizeihauptleute schon für die älteste Zeit des merowing. Reichs erwiesen; denn Chlothar I, dessen Specialcapitular (Decretio) c. 9 angehört, ist derselbe Chlothar, dessen der große Prolog zur Lex Salica neben Childebert I als des Reichsbegründers Chlodwig Sohn gedenkt. Blickt man aber Chlothars Decret scharf ins Auge, so wird man erkennen, daß es die Reorganisation jener älteren Wachtmannschaften anstrebt durch Errichtung neuer Wachtmilizen mit eigenen Dienstbezirken, und unter besonderen Hauptleuten. Diese Miliz sezt Chlothars Decret auch mit den nachbarlichen Spurfolgescharen in Verbindung. Nur wird fortan die Spurfolge insofern zur königlichen Dienstsache gemacht, als nicht mehr der Bestohlene die Spurfolge leitet, sondern der Centenar, bei dem daher auch die Spurfolge zu beantragen ist.[3])

---

bei der Spurfolge benutzt werden darf, und einen taxmäßigen Lohn (das meldfeoh der Angelsachsen, Ine, c. 17) erhält, wenn er erfolgreich führt, im entgegengesezten Falle aber Buße verwirkt. (Vrgl. Lex Burg. 16. 3, u. 95). Vrgl. übrigens wegen des burgund. Rs. auch Sohm, Process, S. 66, N. 5.

[1]) Auch hier haben sich Jobbé (S. 22, N. 5) und Vecchio (S. 36) angeschloßen, lezterer die Neuerung als „großen Fortschritt" bezeichnend. Jobbé hält (S. 182) auch noch an Sohms Chronologie des Pactus fest.

[2]) Auf die Frage nach der Chronologie dieses Gesezes, bez. Capitulars braucht hier nicht eingegangen zu werden. Ich schließe mich ganz Boretius, Capitularia, S. 4, an.

[3]) Reines Officialverfahren kennt die Decretio noch nicht, und kann es

Digitized by Google

Die Beiordnung königlicher Sicherheitsmannschaften zur Spurfolgerschar, welche den amtlichen Charakter der lezteren vollendet, ist gewiß keine Erfindung Chlothars, sondern hat vermuthlich schon zu Chlodwigs I. Zeit bestanden. Doch möge dem meinethalben nicht so gewesen sein, so können wir doch im Tribunus, also in der eigentlichen Incarnation des potestas tribunicia, der Polizeigewalt[1]), wenigstens bereits zu Chlodwig I. Zeit einen Beamten nachweisen, der ohne allen Widerstreit Polizeibeamter ist; und eben dieser Beamte gehört aller Wahrscheinlichkeit mit zu den Sakebaronen und Grafionen der Lex Salica. Erledigen wir den lezteren Punkt vorweg.

Die Andeutungen der Lex Sal. 55. 4 über die Functionen des Sakebaro sind selbstverständlich viel zu karg und unverständlich, um darauf eine Conjectur über die functionelle Wesenheit dieses Amts an und für sich zu bauen. Darüber haben uns die verschiedenartigsten Hypothesen belehrt, die seit fast hundert Jahren über diesen Dunstkreis der Lex Salica ausgeklügelt sind. Die Andeutungen der Lex Salica reichen aber hin zu der dringenden Vermuthung, daß der Tribunus ein Sakebaro oder Grafio ist; eine Ansicht, die ich schon Ständegliederung, SS. 114 ff., N. 3, verfochten habe, und die sich noch durch andere Anzeichen weiter begründen läßt, die ich in meinen früheren Ausführungen habe übergehen müßen. Zunächst: der Tribunus ist nach Fortunat, X. 19[2]) ebenso ein vom Könige unmittelbar eingesezter Beamter[3]) wie der Sakebaro der Lex Salica. Diese Erkenntniß hat Sohm allerdings nicht abgehalten, ihn in die Kategorie Schultheiß einzureihen, der er auch den Vicarius und Centenarius zuweist. Vicarius und Tribunus sind aber ganz verschiedene Beamte; Gregor v. T. unterscheidet sie (Hist. Francor., VII. 23) ganz genau; und Guntrams Edict v. 10. Novbr. 585 (Boretius, Capitul., S. 12) läßt keinen Zweifel darüber, daß der Vicarius nicht königlicher, sondern seiner Wesenheit nach gräflicher Beamter ist, jener Missus des Grafen, der uns bereits Lex Sal. 50. 5 entgegentritt.[4]) Wie also die Lex Salica uns nur zwei wirklich königliche Beamte entgegenführt, den Grafio und Sakebaro, so kennt auch Gregor v. T. — abgesehen von dem hier

---

auch nicht kennen, weil ohne den Bestohlenen nicht vorgegangen werden kann, gegen diesen aber obrigkeitlicher Zwang zum Vorgehn unmöglich ist.

[1]) Vrgl. oben S. 36, N. 1.

[2]) Vrgl. Waitz, VG. II. 2[3], S. 12 f., N. 2.

[3]) Vrgl. Waitz, a. a. O., S. 133.

[4]) Dieselben Argumente sind bereits von Waitz, a. a. O., S. 132 f., gegen Sohm geltend gemacht.

Digitized by Google

nicht in Frage kommenden Dux (oder gar Patricius), so wie vom Major Domus — ebenfalls nur zwei regelmäßige wirklich königliche Beamte der Landesverwaltung, den Comes und Tribunus. Ich will nun nicht behaupten, daß diese beiden Kategorien mit den Kategorien der Lex Salica Grafio und Sakebaro absolut quadriren; im Gegentheil, ich bin der Meinung, daß das Amt des Comes ein neues Amt ist; und daß also der Tribunus der altfränkischen Chronisten beide Kategorien der Lex Salica, den Grafio, so weit er nicht zu Comes geworden, und den Sakebaro deckt. Aber das genügt auch schon, auf lezteren, ja vielleicht auf beide, die Functionen zu übertragen, die die altfränk. Chronisten dem Tribunus zuschreiben. Weiter möchte ich noch Folgendes urgiren. Der Titel Grafio ist ebenso wie der Titel Sakebaro Jahrhunderte lang seit Redaction der Lex Salica wie verschwunden. Der Grafio taucht dann zahlreicher wider in den merowingischen Diplomen auf, und wird — wenn auch nur sehr vereinzelt — noch von den Chronisten genannt. Der Sakebaro aber begegnet außer der Lex Salica nur noch ein einziges Mal in einem Diplom des VII Jahrhunderts. (Vrgl. Waitz, VG., II. 2[3], S. 165, bes. N. 1). Der Titel muß also im Volke abusiv geworden sein; und das läßt sich auf keine andere Weise erklären, als daß die lateinische Bezeichnung Tribunus, seit der Decretio Chlothars auch der Centenarius, an seine Stelle getreten ist. Das leztere Amt hat auch im Laufe der Zeit unfraglich den Platz erworben, den ursprünglich der Tribunus innegehabt hat. Ich glaube gewiß, alle diese vereinzelten Indicien zusammengefaßt, berechtigen, den Tribunus Gregors v. T. mit dem Sakebaro zu identificiren.

Dann aber gewinnen wir schon für die Lex Salica einen echten Polizeibeamten des Königs. Gregor v. T. und spätere Chronisten und Legendenschreiber — das darf bei der Bekanntheit des einschlägigen Quellenmaterials ohne speziellen Nachweis behauptet werden — stellen den Tribunus fast ausschließlich als Organ der Criminalpolizei dar, dessen Amt es ist, die Thäterschaft bei heimlichen Verbrechen zu ermitteln.

Eben dieser Tribunus ist aber auch nach jenen Berichten Befehlshaber von Schergen (satellites), einer Polizeimiliz, die er zur Gewährung sichern Geleits, zur Verfolgung entlaufener Gefangener u. s. w. gebraucht. An und für sich steht also der Annahme kein beachtenswerthes Bedenken entgegen, daß er auch bei der Spurfolge thätig gewesen ist. Wir könnten nur dann annehmen, daß diese Theilnahme nicht stattgefunden, wenn wir glauben müßten, sie hätte den damaligen statsbürgerlichen Anschauungen der Franken widersprochen. Daß aber das Gegentheil der Fall gewesen, macht

Digitized by Google

eine merkwürdige angelsächs. Analogie, zu der ich mich jezt wende, wahrscheinlich; und schließlich werde ich noch zeigen, daß auch die Natur der Sache die Theilnahme einer magistralen Autorität an der Spurfolge sowohl wie am Anefange verlangt hat.

Die angelsächs. Analogie bilden folgende Thatsachen. König Edgars Constitutio de hundredis (Schmid, Edg. I, SS. 182. 184 u. Einltg., S. XLVIII) verfolgt als Haupttendenz, die Einführung der polizeilichen Hundertschaftsverfaßung mit officieller Spurfolge nach dem Muster von Chlothars I und Childeberts I Pactus pr. t. p.[1]) Demgemäß ist auch die Leitung der Spurfolge durch dies Gesez dem Polizeihauptmann der Hundertschaft (hundredesman) übertragen. Bei ihm muß die Spurfolge ebenso nachgesucht werden, wie nach dem fränkischen Geseze beim Centner des Hundertschaftsgebiets, worin der Bestohlene wohnt. (Vrgl. Const. d. h. § 2, Schmid, S. 182, mit Pact., c. 9). Das Princip, daß bei jener Action eine magistrale Autorität als Leiterin sich zu betheiligen hat, ist aber nicht erst durch Edgars Hundertschaftsgesez im angelsächs. Reiche zur Anerkennung gebracht; es hat längst vorher schon gegolten. Die Gerâdnes betweox Dûnsâtan (Schmid, Anh. I, SS. 358 ff.), ein Gesez, das hauptsächlich Verfolgung und Bestrafung, bez. Rückerstattung von Viehdiebstählen zwischen Engländern und Wälen regelt, behandelt die leitende Theilnahme der Landesobrigkeit an der Spurfolge als vollkommen selbstverständlich; und dieser Völkervertrag, der ohnehin einen Fall voraussezt, auf den die einschlägigen Bestimmungen von Edgars Hundertschaftsgesez gar nicht anwendbar wären, stammt schon aus der Zeit vor König Äðelstân, dem Vorgänger König Edmunds, dessen Nachfolger Edgar ist.[2]) Der Wortlaut der betreffenden Stelle, die sich gleich in c. 1 des Vertrags findet, ist so klar, daß sie jeden Zweifel ausschließt. „Fô se syððan tô“, sagt sie, „þe þät land âge, and häbbe hin þa äskan“. Die Wortstellung Fô se syðð. tô, þe u. s w. weist mit Bestimmtheit darauf hin, daß man sich den diesseitigen, der Spurfolgeschar fremden Beamten im Gegensaz gedacht hat zum jenseitigen Beamten, der die Schar bisher als deren Obrigkeit geleitet hat. Man hat demnach die ausgehobenen Worte folgendermaßen zu verstehn: Von da an — scil. von dem Zeitpunkte an, wo die Spurfolgeschar das fremde Gebiet betreten hat — übernehme die Landesobrigkeit[3])

[1]) Das ist augenscheinlich auch die Ansicht von Waitz, VG., I². 494.

[2]) Schmids Gründe für diese Chronologie (Einleitg., S. LXII) halte ich für unwiderleglich.

[3]) Se þe þät land âge besagt genau dasselbe wie se landâgende; die leztere

Digitized by Google

die Leitung — scil. an Stelle der einheimischen, welche die Schar bis dahin geleitet hat, — und die Beitreibung (äske = exactio) soll ihm — nicht dem einheimischen Beamten der Schar — zustehn (häbbe him; sibi habeat). Im ersten Augenblicke ist man sehr geneigt, die besprochene Bestimmung der Gerâdnes für eine Abnormität zu halten, weil sie eben eine Art Völkervertrag ist; bei näherem Betracht zeigt sich jedoch, daß innerhalb des angelsächs. Reichs selbst die Sache genau ebenso gehandhabt ist, wie hier. Jeder Gerêfa hatte innerhalb seines Amtsbezirks die Spurfolgerschar so lange zu leiten, bis daß sie dessen Grenze überschritt; alsdann übernahm der Gerêfa des folgenden Bezirks die Leitung. Vrgl. Ädlst. VI. 8 § 4.[1])

Die nackte Thatsache, daß sich bei den Angelsachsen eine Einrichtung findet, die ich bei den Franken ebenfalls vermuthe, würde mich natürlich zu gar keiner Schlußfolgerung berechtigen. Die angelsächs. Einrichtung ist aber durch die Natur der Sache geboten; und das ist ein Argument, was meinem Schluße aus der Analogie der historischen Entwicklung in der That volle kritische Festigkeit giebt. Am unleugbarsten enthüllt grade die altfränk. Gesezgebung diese „Natur der Sache". Indeß auch gewiße Säze der angelsächs. Gesezgebung, wie z. B. der Schluß von Gerâdnes, c. 1, thun es; und da wir uns bereits überzeugt haben, daß die Gerâdnes ganz bestimmt die Theilnahme eines Magistrats bei der Spurfolge voraussezt, so sei auch an jenem Schlußsaze ihres cap. 1 die behauptete Natur der Sache zuerst aufgedeckt.

Nach dem von Schmid widerhergestellten, ms. Es. unzweifelhaft correcten Texte verordnet die Stelle: „Wenn der Inhaber (mon) behauptet, man befinde sich bei der Spurfolge im Unrecht (man drífe þät trod awôh) — d. h. wenn er behauptet, das verfolgte Thier sei

---

Bezeichnung aber drückt nur aus, daß der Betreffende die Herrschaft über das Land hat, dessen Obrigkeit, landrîka ist. Vrgl. Hermann, Ständegliederung, S. 92 f.

[1]) Daß dies Gesez ein Gildestatut ist, schwächt seine Beweiskraft für unsere Frage nicht. In dieser Beziehung kann es deshalb nichts Besonderes verfügt haben.

Wenn es am Anfange von § 4 heißt, die Leute, welche dem Orte des Beginns der Spurfolge am nächsten wohnten, sollten die Sache in die Hand nehmen, so ist damit nur gemeint, daß die Spurfolgerschar aus der Mannschaft des Shire gebildet werden soll, wo die Sache ihren Anfang nimmt. Als Leiter ist dabei aber der Bezirksgerêfa gedacht, der die Schar seinem Collegen im nächsten Shire zuführt. Entscheidend sind hier namentlich die Schlußworte, daß ein Gerêfa den anderen zum gemeinen Besten unterstüzen solle.

Digitized by Google

vom jenseitigen Ufer nicht auf dem Wege zu ihm gekommen, den die Spurfolgeschar als Fährte verfolgt hat — dann hat er[1]) das Recht (môt), eine andere Spur bis zum Gestade hin nachzuweisen (trod ôd tô stâðe lǣdan), und dort — d. h. an der Stelle des Gestades, bis wohin er die andere Spur nachgewiesen hat — selbsiebent mit sechs zuverläßigen Leuten, die aber keine Nominati[2]) zu sein brauchen, den Eid zu leisten, daß er rechtmäßiger Weise (mit folkrihte) das Land[3]) beschuldige, so gewiß sein Thier — das geanefangte — eben dort gegangen — d. h. von dorther ihm zugeführt — sei". Der Inhaber reinigt sich also in diesem Falle durch Rückführung der Spur in das fremde Land; er ist indeß nicht im Stande, einen Gewährsmann zu nennen, und muß daher ohne Zweifel das geanefangte Thier zurückgeben, und bleibt nur von der Diebstahlsbuße frei. Es ist aber augenfällig, daß dies Reinigungsverfahren, das übrigens sonst in keinem german. Geseze erwähnt ist[4]), unausführbar bleibt, wenn nicht eine höhere richtende Autorität über beiden Parteien stehend entscheidet, ob der Inhaber wirklich eine andere Spur nachgewiesen, und damit die Vorbedingung für den Reinigungseid, zu dem er verstattet ist, erfüllt hat. Mindestens ebenso unentbehrlich aber ist eine solche richterliche Autorität bei der fränkischen Spurfolge. Nur sie ist im Stande, zu entscheiden, ob die Sache so liegt, daß der Spurfolger sofort wider den Besiz, des geanefangten Thieres ergreifen darf, falls der Inhaber die Vollendung der Spurfolge innerhalb des zweitägigen Fatale bestreitet. Wer hier keine gerichtliche, bez. richterliche, oder wenigstens irgendwie autoritativ obrigkeitliche Entscheidung annehmen will, müßte gradezu unterstellen, der Einspruch des Inhabers gegen die durch Innehaltung des Fatale bedingte Wirksamkeit der Spurfolge habe den Spurfolger alle Mal gezwungen, über diesen Punkt die spätere Entscheidung des Gerichts einzuholen. Indeß damit wäre die ganze Bestimmung illusorisch gemacht, die unleugbar auf sofortige Rechtswirkung der betreffenden Thatsachen absieht. Auch laßen ja die

---

[1]) Se þe þät yrfe âh kann unmöglich der vestigio minans sein, wie die Vet. V. und Schmid wollen, sondern nur der Inhaber, bei dem das Thier geanefangt ist.

[2]) D. h. vom Anefänger ausgesuchte.

[3]) Das der Stelle, bis wohin er die andere Spur nachgewiesen, gegenüberliegende Land. Also einen Bezirk des Heimathlandes der Spurfolgeschar.

[4]) Als Analogie wüßte ich nur zu bezeichnen das Hinausleiten der Spur aus dem eigenen Hundertschaftsgebiet in ein fremdes, um auf diese Weise die Ersazpflicht der Trûst, in deren Hundertschaftsbezirk die verfolgte Sache verloren gegangen ist, abzuwehren. Pactus pro ten. pac., c. 9 u. 16.

Digitized by Google

einschlägigen Bestimmungen der Lex Salica und Ribuaria deutlich erkennen, daß ein Streit über diese Frage von ihnen als unmöglich gedacht ist. Die Vorschrift über die processuale Wirkung der Spurfolge verlangt also mit Nothwendigkeit die Annahme, daß bei den Franken grade ebenso wie bei den Angelsachsen schon an der Spurfolge eine richterliche Autorität Theil genommen hat. Nun wird freilich vielfach der lezte Saz von Lex Sal. 37 so verstanden, als ob er dem Spurfolger das eigenmächtige Wegnehmen des geanefangten Thieres untersage; und wäre das richtig, so müßte allerdings der Gedanke an die Theilnahme eines richterlichen Beamten hier ganz verworfen werden. Nie sezen die alten Geseze die Möglichkeit eigenmächtigen Eingreifens der Partei, wo der Rechtshandel vor einer richterlichen Behörde vor sich geht. Indeß es ist auch ganz unrichtig, jenen Saz im bezeichneten Sinne zu verstehn. Er handelt in der That von Eigenmacht der Partei; seiner Zeit werden wir uns jedoch davon überzeugen, daß diese Eigenmacht nicht in der Besizergreifung auf Grund der Spurfolge und des Anefangs besteht, sondern in den Handlungen, die der Besizergreifung nachfolgen, in die Zeit nach der Besizergreifung bis zum Gewährschaftstermine fallen. Lex Sal. 37, Saz 3 spricht also nicht gegen, sondern umgekehrt für mich.

Damit sind aber meine abstracten Gründe noch nicht erschöpft. Ein Hauptgrund besteht noch darin, daß auch der Anefang, der nach späterem Schöffenrecht nachweislich unter Zuziehung einer Gerichtsperson vorgenommen wurde[1]), seiner Natur nach eine Handlung ist, die ohne Beisein richterlicher Autorität schlechterdings unausführbar ist; und daß die processuale Wirkung der Spurfolge erst

---

[1]) Für deutsches, bez. sächs. R. vrgl. Planck, S. 825, N. 1—3; für holländ. Behrend, Anefang., die Nachträge zu S. 17 u. S. 40; für französ. Jobbé, S. 115 f. Das genügt hier. Der spätere Anefang wird nicht mehr durch die alte Intertiation unterstüzt, wie wir s. Zt. sehn werden, und hat in Folge dessen seinen Charakter wesentlich geändert. Er ist nur noch ein Act, wodurch die Identität der Streitsache festgestellt wird, während der Anefänger sich verpflichtet, seine possessorische Klaglegitimation zu führen, falls der Beklagte sich über sein wohl erworbenes Besizrecht nicht ausweisen sollte. Wer diese Abschwächung erwägt, und dabei zugleich berücksichtigt, daß das Regime der Zeit, worin sie sich zeigt, noch ganz ebenso auf die Verhandlungsmaxime des Selfgovernments gestellt war, wie das Regime der ältesten Zeit, der wird sich kaum des Eindrucks erwehren können, daß die Einrichtungen, wovon jene drei Schriftsteller und ihre Gewährsleute berichten, keine Neuschöpfungen sind, sondern ruinenhafte Überreste einer älteren Zeit, die der obrigkeitlichen Mitwirkung in solchen Dingen weit mehr bedurfte, wie die Zeit, welche urkundliches Zeugniß für diese Mitwirkung ablegt.

Digitized by Google

durch den Anefang erzeugt wird. Der Anefang besteht im wesentlichen im Nachweise des Eigenthums durch augenfällige Zeichen, nach dem System der beiden fränk. Gesezbücher insbesondere, des Eigenthumszeichens. [1]) Dieser Nachweis aber, welcher die einschneidensten Wirkungen hat, verlangt die größte Vorsicht, wenn nicht der beklagte Inhaber der Gaunerei schuzlos preisgegeben werden soll. Es kann unmöglich gestattet gewesen sein, irgend ein Thier u. s. w., das sich im Besize dessen, bei dem der Anefang erfolgte, befand, zu anefangen, und dann zu behaupten, die und die Zeichen ergäben, daß das Thier u. s. w. dem Anefänger gehöre; sondern der Vindicant muß gehalten gewesen sein, vorher ehe das Thier u. s. w. ihm vor Augen kam, in formgerechter Weise Aussage über dessen Erkennungszeichen zu machen, und diese Aussage auch zu bescheinigen. In diesem Sinne schreibt die schon oben erwähnte westgothische Antiqua, Lex Wisigoth., VII. 2, 1, z. B. vor: „Qui rem furtivam requirit, quid quaerat judici occulte debet exponere, ut ostendat per manifesta signa quid perdidit, ne veritas ignoretur, si non evidentia signa demonstraverit". Das „occulte debet exponere" ist hier vermuthlich so zu verstehn, daß auch der Eigenthumsprätendent verpflichtet ist, über seine Mittheilung an den Richter vorher und nachher zu schweigen, weil auch noch Zeugen über diesen Punkt Aussagen zu machen haben. Das occulte exponere ist nun den Franken zweifellos unbekannt gewesen; es passt gar nicht zum Geiste des fränk. Gerichtsverfahrens. Im übrigen aber dürfte die Vorschrift dem fränk. Recht sehr nahe stehn. Sicherlich hat nach fränk. Recht der Anefang damit begonnen, daß der Anefänger die Eigenthumsmarke angab, bez. beschrieb, welche das Thier u. s. w. an sich haben mußte; und es scheint mir in hohem Maße glaublich, daß er darauf Nachbarzeugen — muthmaßlich drei — vorzuführen hatte, welche schon jezt die Angaben betreffs seiner Eigenthumsmarke zu bestätigen hatten. Ich schließe das zunächst daraus, daß Lex Rib. 72. 9 diese Marke ein „probabile" signum nennt; ein Ausdruck, der ms. Es. nicht gedeutet werden darf als „Beweiszeichen", sondern als „beweisliches" Zeichen, als ein solches das auch von Zeugen recognoscirt werden kann. [2])

---

[1]) Das hat v. Bar (Beweisurtheil, S. 152 f.) übersehen, als er für das alte Recht ein Mittel vermißte, „das schon prima facie den Besizverlust des Anefängers als unrechtmäßigen erscheinen läßt."

[2]) Ähnlich Lex Rib. 33. 2: probabiliter ostendere = „beweislich" nachweisen, so daß der, dem nachgewiesen wird, dafür die Beweise in die Hand bekommt.

Digitized by Google

Außerdem bestimmt mich zu dieser Auffaßung noch die Nothwendigkeit der Zuziehung von Nachbarn bei Spurfolge und Anefang, die sich aus den ags. Quellen, aus der Lex Burg.[1]) und sonst[2]) nachweisen läßt. Dieselben müßen hauptsächlich bei der Recognition der Sache mitgewirkt haben; und ich glaube bestimmt, daß sie nöthigen Falls auch nachträglich noch ein Mal ihr Zeugniß darüber abgegeben haben, daß diese specielle Sache Eigenthum des Prätendenten sei. Auf diese Weise erhielt der Anefang eine feste formale Grundlage, der sonst die Unsicherheit selbst gewesen wäre, so daß ein Abschluß dieses entscheidenden Processstadii gar nicht möglich gewesen sein würde. Es liegt aber auf der Hand, daß nicht leicht ein Inhaber von Fahrhabe sich dazu verstanden haben würde, den Anefang wirklich als vollzogen anzuerkennen, wenn er nicht die Hand der Obrigkeit unmittelbar über sich gefühlt hätte.

Faße ich die vorgeführten historischen und abstracten Erwägungen combinirend logisch zusammen, so entsteht für mich ein wahrer Zwang zu meiner Annahme. Sohm hat allerdings abstract, nicht historisch construirend, einen anderen Ausweg gesucht, indem er — u. a. auch — dem Anefang den Charakter eines „Formalacts“ zugeschrieben hat, also eines Acts, der zwingt durch bloße Erfüllung gewißer Förmlichkeiten, deren Vornahme derjenige zu verantworten hat, der sie vornimmt. Indeß diese Idee, mit der wir uns an gelegenerem Orte befaßen wollen, hat nicht bloß in den germanischen Rechtsquellen nicht den geringsten Anhalt, und wird auch sonst von keiner geschichtlichen Analogie unterstüzt, weil sie eine praktisch völlig undurchführbare Phantasie ist; sondern sie erklärt namentlich auch nicht, daß den alten Quellen ebenso wie den späteren die Streitfrage ganz unbekannt ist, ob wirklich ein Anefang vorgenommen ist, der den formalen Anforderungen des Rechts genügt. Entgegengesezte Behauptungen müßten aber zu den Regelmäßigkeiten gehört haben, wenn Sohms Construction richtig wäre. Ihr kann ich mich daher nicht opfern.

Außer der Spurfolge kennt das altgerman. Recht nur noch ein einziges Beweismittel für das Eigenthum an Fahrhabe. Man kann es die Eigenthumsbeweisung schlechthin nennen; denn ohne dies zweite Mittel war jede Eigenthumsverfolgung unmöglich. Dies zweite Mittel ist die Eigenthumsmarke, ein kindlich primitiver Nothbehelf, dessen Charakter als „Beweisung“ wohl selb Blindheit sieht. Es ist so einfach und primitiv, daß es zum guten Theile

---

[1]) Über leztere vrgl. Sohm, Process, S. 66, N. 5.

[2]) Vrgl. Quitzmann, S. 170, bes. N. 1.

Digitized by Google

ebenso der Identification der Sache dient, wie dem Eigenthumsbeweise.

Die Wichtigkeit der Eigenthumsmarke ist schon von Sohm (Process, S. 57 f.) erkannt[1]); nur hat er, einseitig die Sache auf die Spize treibend, daraus ein bloßes Recognitionsmittel gemacht, und behauptet, die Recognition erseze im altgerman. Recht den Eigenthumsbeweis.[2]) Weit richtiger denkt Jobbé über die Sache.[3]) Er sagt (S. 15 f.) genau zutreffend: „Si la propriété des meubles est parfaitement, connue des Germains, cette propriété est en quelque sorte materialisée et rendue visible par l'emploi général de marques de famille ou de maison. Pour les bestiaux, qui forme la principale richesse mobilière des peuples barbares, l'usage de ces marques de famille était commandé par la nature même des choses. Les pâturages sont en effet restés communs pendant de longs siècles. Aussi les vieilles coutumes islandaises ordonnent-elles aux propriétaires de troupeaux de marquer toutes leurs bêtes du même signe et de faire connaitre ce dernier aux assemblées populaires de l'été. Il semble du reste que cette marque de famille ou de maison ait été dans une certaine mesure envisagée comme la condition nécessaire de l'appropriation individuelle".

Sohm hat als Vorarbeit über die Haus- und Hofmarke nur Michelsens kleine Brochüre „Die Hausmarke" (Jena 1855, 8⁰) benuzen können; inzwischen ist jedoch Homeyers umfaßende Untersuchung erschienen, so daß wir jezt die vollständigste Information über die Frage besizen. Wir verdanken Homeyer (S. 8) zunächst die höchst erhebliche Feststellung, daß das Aufdrücken, bez. Einschneiden der Eigenthumsmarke (Lex Sal. 27. 19)[4]) als Occupationsact gilt. Ferner verdient aus Homeyers allgemeinen Feststellungen

[1]) Trozdem haben sich gar nicht darum gekümmert v. Bethmann-Hollweg (a. a. O., S. 480), Pertile, Vecchio, Thonissen und Heusler, (Beschränkung, S. 16). Lezterer, wie mir scheint, weil er sich überhaupt weit weniger an die älteren Quellen gehalten hat, wie an diejenigen des späteren Mittelalters. In diesen hat die Eigenthumsmarke ihre alte maßgebende Bedeutung bereits verloren. Man kennt sie nur noch als eins unter vielen anderen Recognitionsmitteln. Vrgl. Sachssp. II. 36, 1 und Homeyer, Hausmarke, SS. 251—57 und S. 15 u. 17.

[2]) Im wesentlichen ebenso Laband, S. 113.

[3]) Und in Folge dessen auch Poincaré (S. 17).

[4]) Vrgl. ferner Rothar. 321 (Mon. G., Legg., III. 74) und dazu Liber Papiens., ebendas., S. 376. Eine andere originäre Erwerbsart ist das laborare, erwirthschaften, z. B. Lex Sal. 45.

hervorgehoben zu werden, daß die Eigenthumsmarke unter starkem strafrechtlichem Schuze steht, eben weil sie das sichtbare Eigenthumszeichen ist.[1]) Unberechtigte Veränderungen der Marke z. B. gelten nach Lex Wisigoth. VIII. 5, 8 für Diebstahl. (Homeyer, S. 10.) Eine dritte Feststellung ist aber selbst Homeyer noch schuldig geblieben, nämlich die Feststellung der formalen Identität der Thiermarke mit der Haus- und Hofmarke; eine Thatsache, die sich von größter Wichtigkeit zeigen wird für die Untersuchung, obschon das älteste Recht den Grundsaz: Mobilia non habent sequelam, und den daraus folgenden Saz: Hand muß Hand wahren, gekannt habe. Ich sage, die Feststellung ist Homeyer schuldig geblieben; denn an der Identität selbst hat er kaum noch gezweifelt (vrgl. S. 9), und konnte es auch nicht mehr, angesichts seiner eigenen Ergebniße.[2]) (Vrgl. z. B. SS. 159—162; 197 u. s. w.)

Daß Homeyer für die älteste Zeit zu keiner wirklich quellenmäßigen Feststellung der in Rede stehenden Identität gekommen ist, hängt vermuthlich damit zusammen, daß er durch Jac. Grimm zu einer fehlerhaften Deutung des salfränkischen Wortes Filtort oder Feltort bestimmt ist. Jac. Grimm hat es (Vorrede, S. VIII) gradezu für nicht germanisch, sondern lateinisch, für filo tortus, bez. filo tortum (verstrickt) erklärt, und Homeyer dürfte diese falsche Etymologie nicht weniger als sachentsprechend betrachtet haben, wie es eine reiche Zahl anderer Schriftsteller gethan, und noch heute thun.[3]) Neuerdings hat indeß Scherrer (Z. Lex Sal., S. 271)

---

[1]) Dort, und ms. Es. nur dort, ist auch der Ursprung des von Laband (S. 106 f.) constatirten Rechtssazes zu suchen, daß an einer Sache, woran bereits Besiz ergriffen ist, niemand später Besiz ergreifen kann, sofern der Vorbesizer den Besiz wider Willen verloren hat. Seitenstück dazu ist, daß die Gewere bei Liegenschaften durch Dejection auch Dritten gegenüber nicht verloren geht. Vrgl. Heusler, Gewere, SS. 206—208; 269—272. Diese „Rechtsfiction" hat — wie wir sehn werden — aller Wahrscheinlichkeit nach ihren Ursprung in derselben thatsächlichen Voraussezung. Nach Poincaré (S. 17) soll beim Thierkauf der Eigenthumsübergang auf den Käufer sogar davon abhängig gewesen sein, daß er seine eigene Thiermarke an Stelle derjenigen des Verkäufers sezte. Ich wüßte jedoch nicht, daß dieser beweislos ausgesprochene Saz sich quellenmäßig nachweisen ließe.

[2]) Das hat wohl Jobbé (SS. 14—16) und Dahn (Deutshhe Gesch., Bd. I. Gotha 1883, 8°, S. 261 f.) bestimmt, die Sache bereits wie vollkommen ausgemacht zu behandeln.

[3]) Vrgl. Siegel, Gerichtsverf„ I. 92; Gengler, Glossar, s. v.; v. Bethmann-Hollweg, German.-roman. Civilproc., I. 481, N. 11; Jobbé, S. 44 f.; Poincaré, S. 39 f. Gar nicht um den Filtort haben sich bekümmert Sohm, (vrgl. namentl. Proc., S. 95, N. 8) Pertile und Vecchio. Waitz scheint an der Deutschheit des Wortes festgehalten zu haben, da er es in sein Verzeichniß der roman.

Digitized by Google

eine german. Etymologie des Wortes gegeben, welche die Bahn richtiger Erkenntniß eröffnet. Er zerlegt Filtort, Feltort, entstellt Feltrokt, in die beiden Wörter filt, felt, d. i. Feld, und in ort. Das leztere Wort soll die salfränk. Form für das ahd. neutr. und masculin. ôt, altsächs. ôd, sein, und filtort demgemäß dasselbe besagen wie das ags. masc. êðel, d. h. Stammgut, Erbgut. Dieser sprachbegrifflichen Erklärung vermag ich indeß nicht zuzustimmen; richtig dagegen scheint mir Scherrers Abtheilung der beiden Wörter; und sie will ich daher einer eigenen Deutung zu Grunde legen. Felt, feld bedeutet bekanntlich das freie, flache, das beweidete Land, und ort den Theil, das Stück. Das ganze Wort Felt-ort (masculin. oder neutr., vielleicht beides) kann daher sehr wohl Weideantheil, d. h. Antheil an der gemeinen Weide, bedeuten. Zu solchem Sinne des Wortes passen höchst beachtenswerther Weise auch sehr gut die alten Überschriften von Lex Sal. 47 (Behrend, S. 62, N. I zu Tit. 47). Sie lauten: De feltortus[1]) qui lege salica vivent. De filtortus qui legem salicam viverit. De filtortis qui lege salica vivunt.[2]) De feltortis qui lege salica vivant. Das lege salica vivere (nach salfränk. Recht leben) besagt, daß die Feltorte unter der Herrschaft des salfränk. Rechts stehn, weil sie Salfranken gehören. Im Laufe der Zeit ist nun aber der Name Filtort auf die Eigenthumsmarke übertragen, weil sie das sichtbare Zeichen war für die Zugehörigkeit des Thieres zu dem Feldorte, der seinerseits wider Zubehör der Hausung (casa et curtis — Wurth u. s. w.) des berechtigten Mannes war; und daher eben kommt es, daß der Feltort, Filtort als Eigenthumsmarke identisch sein mußte mit der Hausmarke. Im Sinne von Eigenthumsmarke ist nun Filtort in der Überschrift von Tit. 47 (49) in der Lex Salica emendata gebraucht: „De filtortis, hoc est qualiter homo res furatas intertiare debeat.“ Aber schon um Jahrhunderte früher begegnet es in demselben Sinne. Die viel besprochene Novelle zur Lex Salica De rebus in alode patris (Boretius, bei Behrend, Lex Sal., S. 93, Capit. Salic., II. 1) schreibt nämlich vor[3]): „Si hoc non fecerit, d. h. wenn der

---

Worte (D. alt. R. d. salisch. Fr.) nicht aufgenommen hat, obwohl Müllenhoff (ebendas., S. 282) erklärt hatte, an filtort „nichts Deutsches“ erkennen zu können. Zöpfl, der erst (Ewa Chamavor., S. 75) Grimm beigetreten war, hat schließlich (RG., III, 4. Aufl., S. 153 f., N. 16) eine deutsche Etymologie des Wortes gegeben; sie ist indeß so absurd, daß sie nicht in Betracht kommen kann.

[1]) Möglicher Weise der salfränk. Acc. Plural. des masc. feltort.

[2]) Die Faßung ist wohl von Herold erst grammatical zugestuzt.

[3]) Troz Sohm (Process, S. 95, N. 7), Boretius (a. a. O), v. Bethmann-Hollweg (a. a. O., S. 486, N. 35) u. a., behalte ich den pertzschen Text (Mon.

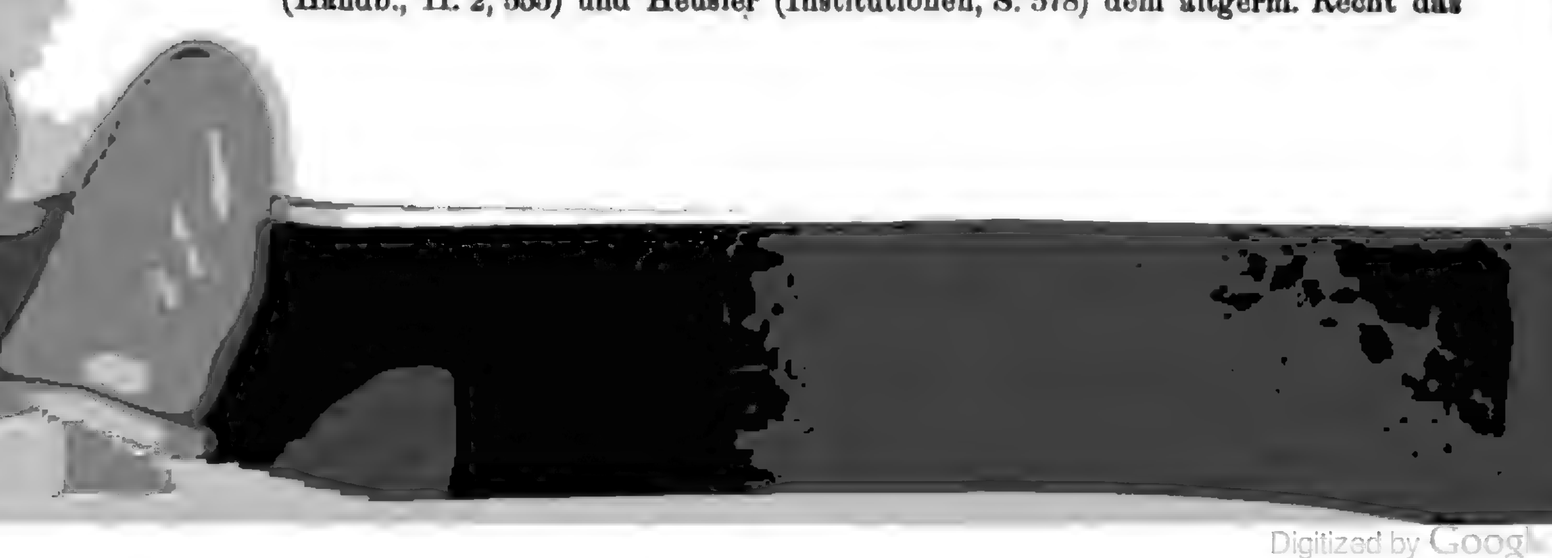
Inhaber einer geanefangten Sache, der sich mit der Behauptung wehrt, sie geerbt zu haben, nicht bewiesen hat, daß sie einen Theil des Nachlaßes (alôd) gebildet, ille qui eas (eam) intertiavit suo feltorto, sic postea quod lex inter docuit, apud quem eas (eam) invenit, solidos 35 culpabilis judicetur." Die Wortstellung des Sazes ist verworren; außerdem ist aber auch noch das ille vor intertiavit in illi, und das sic (alias: si) vor postea in is zu verbessern. So ergiebt sich folgender Sinn: Wenn er dieser Verpflichtung nicht genügt, dann hat derjenige, bei dem der Anefänger die Streitsache durch seinen Filtort intertiirt hat, diesem lezteren außer allen sonstigen gesezlichen Leistungen (inter quod lex docuit, d. h. außer dem capitale und der etwanigen Dilaturenbuße) noch 35 Schill. Diebstahlsbuße zu zahlen. Wer die vorstehende Übersezung nicht etwa durch die völlig unmögliche Behauptung anfechten will, suo feltorto intertiare bedeute: seinem, d. h. für seinen, Filtort intertiiren, wird sich meine Interpretation wohl gefallen laßen, und zugeben müßen, daß der Filtort hier als „probabile signum" der Intertiation (Lex Rib. 72. 9) dient, d. h. als Instrument des Anefangs.[1])

Nun halte man aber die ursprüngliche Bedeutung von Filtort mit dieser abgeleiteten zusammen, und frage sich, ob daraus nicht von selbst unmittelbar die formale Identität der Thier- bez. sonstigen Eigenthumsmarke mit der Haus- und Hofmarke ergiebt?[2])

G., Legg., II. 6) bei, und werde durch meine Interpretation der Stelle zeigen, daß ich darin Recht thue.

[1]) Vergl. auch das „per consignationem — d. h. durch die Eigenthumsmarke — aut per pugnam adprobare" in der Divisio Radelgisi et Singulfi (Mon. G., Legg. IV. 323).

[2]) Es ergiebt sich daraus aber noch eine zweite Thatsache, die ich nicht verschweigen darf, weil sie ein weiteres entscheidendes Argument dafür liefert, daß die Anefangsklage Eigenthumsklage ist. Diese Thatsache ist, daß das altgerman. Recht — wie ich bereits in § 1 behauptet habe — nur ein einziges dingliches Recht, das Eigenthum, gekannt hat. Der Filtort hielt die Sache rechtlich in der Behausung des Eigenthümers fest, wenn sie auch leihweis, pfandweis u. s. w. von ihm in eine andere Behausung (Gewere, casa Liutpr. 131) gegeben war. Daher auch die genaueste Ähnlichkeit des Processes wegen Rückforderung der res praestita mit dem wegen fides facta, wie ich am Schluße dieses Werkes zeigen werde. In späterer Zeit hat sich das allerdings geändert. Wir werden im § 3 dieses Kapitels sehn, daß die Anefangsklage des späteren Rechts ein rein possessorisches Rechtsmittel geworden ist. Nicht mehr das Eigenthum, sondern das „in Geweren" haben entscheidet in späterer Zeit über die Legitimation zur Anefangsklage bei Fahrhabe; und dies in Geweren haben ist einfach „juristisch" besizen. Es drückt nichts anderes aus, als daß sich die Fahrhabe in der Hofwere irgend jemandes befunden habe. (Heusler, Gewere SS. 58; 278—80; 283 f.; Sohm, Auflaßung, S. 108). Wenn daher Stobbe (Handb., II. 2, 555) und Heusler (Institutionen, S. 378) dem altgerm. Recht das



Digitized by Google

In dieser Schlußfolgerung macht mich auch die Thatsache nicht irre, deren Jobbé in der oben (S. 47) ausgehobenen Stelle gedenkt, daß die isländische Graugans die an der gemeinen Weide mitbetheiligten Grundeigenthümer verpflichtete, im Frühjahrsthing die Marken ihres Weideviehs öffentlich bekannt zu machen. Es ist daraus keineswegs zu schließen, daß man bei der Wahl dieser Marken Willkür walten ließ; die Publication hat nur den Zweck, die Marken landeskundig zu machen, damit verlaufenes Vieh auch von fremden Gemarkungen wider auf die richtige gebracht werden konnte, und so Rechtsstreitigkeiten vermieden wurden.

Es leuchtet ohne weiteres ein, daß die vorstehend dargelegte formale Identität der Eigenthumsmarke an Fahrhabe mit der Haus- und Hofmarke sich nur entwickeln konnte, wenn die ursprüngliche Fahrhabe, das bewegliche Vermögen, so gut wie ganz aus weidenden Thieren, bez. Weidevieh (armenta) bestand. Daß dem aber auch wirklich bei den Germanen so gewesen, dafür liegen verschiedne merkwürdige theils unmittelbare, theils mittelbare Beweise vor. Zunächst berichtet Tacitus in einer Stelle, die ich bei späterer Gelegenheit benuzen werde (Germ., c. 5) ausdrücklich, daß noch zu seiner Zeit das ganze Vermögen der deutschen Germanen aus Weidevieh bestanden habe. Dann aber ist es höchst auffallend, daß die german. Geseze, insbesondere die beiden fränk. Gesezbücher und die ags. Geseze, bei der Mobiliarvindication in erster Linie, wenn nicht gar ausschließlich, an vierfüßige Thiere denken. Die ags. Bezeichnung des Gewährschaftszuges geteâm, tŷm u. s. w. scheint mir sogar diesem primitiven Zustande entlehnt zu sein. Das Zeitwort teâman, teâmian, engl. to tame, bedeutet ursprünglich zähmen! Ich fühle mich daher auch von dieser Seite her bestärkt in meiner obigen Entwicklung des Rechtsbegriffs Filtort. Das Rechtsleben der Germanen mußte nothwendig zu der dargelegten Wandlung des Begriffs führen. Von den Thieren wird man zunächst dazu übergegangen sein, die Sklaven zu filtortiren, bis man dazu kam, den Filtort schlechtweg bei allen Sachen — zuletzt wohl bei Kleidung und Hausgeräth (Lex Rib. 47. 1) anzuwenden.[1]) Auf diesem Standpunkte stehn bereits die beiden fränk. Gesezbücher.

jus in re aliena zuschreiben, und Heusler dabei insbesondere mit dem „in Geweren haben" demonstrirt, so muß ich beides für verfehlt halten.

[1]) Merkwürdig, daß Lex Rib. 72. 1 u. 3 vom Filtort des Sklaven ganz schweigen. Nach Lex Rib. 47. 1 läßt sich nicht (mit Thonissen, S. 535) annehmen, daß sie ohne Filtort (engl. badge) gewesen seien. Haben sie Halsbänder mit Filtort getragen?

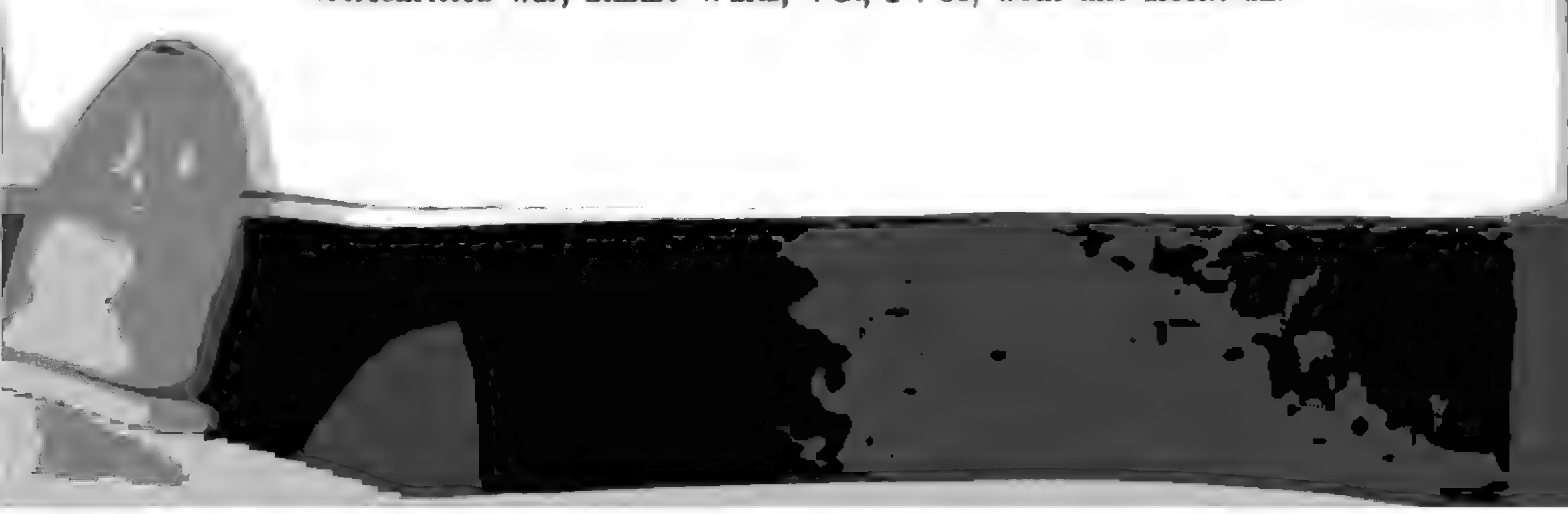
Die Untersuchung über den Ursprung der Sitte des Filtortirens und der Filtort-Form leitet fast von selbst zu der Frage nach dem gegenseitigen Verhältniß von Spurfolge und Beweisung durch Filtort über. Auf alle Fälle wird sie dazu dienen, diese Frage mehr aufzuhellen, als es bisher von der Forschung geschehen ist.

Außer Pertile, der sich um die Spurfolge so wenig gekümmert hat, wie um die leibliche Beweisung, und außer Bruns, dessen Eingreifen in die Untersuchung betr. den theoretischen Charakter der altgerman. Eigenthumsklage ihn mit der Spurfolge und den formalen Grundlagen des Anefangs in keine Berührung gebracht hat, wüßte ich keinen Schriftsteller zu nennen, der nicht die Spurfolge als regelmäßige, ja nothwendige Einleitung der Anefangsklage des altgerman. Rechts betrachtete.[1]) Unmöglich kann man sich dabei klar gemacht haben, wie abnorm enge Grenzen man damit der Mobiliarvindication des ältesten Rechtes gezogen hat; Grenzen, die viel enger sind, als die, welche der Spruch: Mobilia non habent sequelam andeutet, weil die Spurfolge ihrer Natur nach nur bei ganz neuerlichem Besizverluste, und auch da noch in höchst beschränktem Maße möglich ist. In Wahrheit kann diese Annahme auch nur zugestanden werden für eine Zeit, von der die Lex Salica schon Jahrhunderte trennen; denn sie sezt den von Tacitus (a. a. O.) geschilderten, noch stark ans Nomadenhafte erinnernden Zustand voraus, wo die „armenta" das einzige Vermögen des Mannes bilden.[2]) Und selbst diese Zeit kann kaum noch den Anefang unbedingt von der Spurfolge abhängig gemacht haben. Die Lex Salica aber hat solchen Standpunkt längst hinter sich. In ihr System — wie in alle übrigen german. Rechtssysteme — ist allerdings noch die alte nomadische Spurfolge übergegangen; aber ihre Anwendung ist, wie gesagt, auf vierfüßige Thiere beschränkt. In allen übrigen Fällen ist dagegen die Spurfolge beseitigt (Lex Sal. 47; Lex Rib. 33 u. 72); und es ist auch nirgends ersichtlich, daß der Vindicant verpflichtet wäre, zur Spurfolge zu schreiten, wo diese der Sachlage nach zuläßig und möglich sein würde.

Umgekehrt aber führt die Spurfolge allein nicht mehr zum Ziel. In uralter Nomadenzeit mag das allerdings anders gewesen

[1]) Vergl. oben S. 34 N. 1. Thévenin hat das so weit getrieben, daß er (S. 14 f.) die Behauptung aufstellt, Tit. 37 der Lex Sal. behandle das außergerichtlich praeparator. Anefangsverfahren, Tit. 47 das gerichtliche Hauptverfahren; eine Ansicht, die dann von Thonissen (S. 532) adoptirt und reproducirt ist. Sie entbehrt jedoch all und jeder Haltbarkeit.

[2]) Daß z. Zt. des Tacitus dieser primitive Standpunkt schon so ziemlich überschritten war, nimmt Waitz, VG., I². 36, wohl mit Recht an.



Digitized by Google

sein. Aber damals gab es auch noch keine wirkliche Vindication, sondern nur eine Widereroberung. Mit Ausbildung statlicher Verhältniße, die naturgemäß zu immer intensiverer Seßhaftigkeit führte, änderte sich das. Die gewaltsame Widereroberung wurde durch den Anefang mittelst Filtorts ersezt; und lezterer wurde die nothwendige, allmälig die einzig wesentliche Vorbedingung der Mobiliarvindication, die eigentliche Einleitung des Verfahrens. Das ist der Standpunkt der Lex Sal. 37, wo ausdrücklich das agnoscere, recognoscere — wie wir später sehn werden, das anefangen der verfolgten Sache — vom Spurfolger verlangt und vorausgesezt wird, gleichviel, ob die Spurfolge vor oder nach Ablauf des zweitägigen Fatale geglückt ist. Scheinbar widerspricht dem allerdings Lex. Rib. 47. 1, weil dort nicht vom agnoscere, sondern bloß vom invenire gesprochen wird, und namentlich weil der Spurfolger, welcher binnen des Fatale zum Ziele gelangt, von der Intertiation entbunden wird. Die erstere Abweichung will indeß nichts sagen. Sie wird durch das agnoscere der Lex Salica zum Schweigen gebracht. Als falsch aber werden wir die Deutung des intertiare als anefangen später erkennen. Anefangen drückt jenes Gesezbuch, 33. 1, durch Hand auflegen (manum mittere) aus, und davon unterscheidet es deutlich das intertiare. Erst die spätere Zeit hat dem Worte intertiare auch den Sinn von anefangen beigelegt, und so Anefang und Intertiation verschmolzen. Die betreffenden Worte von Lex Rib. 47. 1 entbinden den Anefänger lediglich von der Pflicht, den belangten Inhaber durch Waffenschwur zur eidlichen Angelobung der Gestellung seines Gewährsmannes zu zwingen.

Anmerkung I.

Die schwierigste Frage, welche mir beim Studium der alten Quellenzeugniße über die Anefangsklage aufgestoßen ist, ist die, ob, bez. unter welchen Bedingungen und in welcher Ausdehnung, das alte Recht dem Inhaber einer geanefangten Sache gestattet hat, die Unrechtmäßigkeit des Anefangs durch Berufung auf originären Erwerbstitel nachzuweisen. Eben diese Frage soll nachstehends untersucht werden.

Sie spaltet sich in zwei. Es ist zu untersuchen: a. ob der Inhaber selbst als ursprünglicher Erwerber (laborator oder occupator) auftreten kann; und b. ob es zuläßig ist, daß sein Gewährsmann ihn vertheidige durch Behauptung und formalen Beweis, die Streitsache durch ursprüngliche Erwerbsart erlangt gehabt zu haben.

Digitized by Google

Als außer jedem Zweifel stehend muß nun von vornherein bezeichnet werden, daß das spätere Schöffenrecht beide Fragen uneingeschränkt bejaht.[1]) Daraus folgt aber gar nichts für das alte Recht. Ein gesezliches mit bestimmten Rechtswirkungen ausgestattetes Eigenthumszeichen, wie es der alte Filtort der Lex Salica war, kennt das spätere Recht nicht mehr; und das ist eine Thatsache, welche hier eine unüberschreitbare Scheidelinie zwischen jenen beiden Zeiten zieht. Seit Siegel[2]) ist nun einstimmig von der Doctrin angenommen, daß schon das ältere Recht keine andere Antwort auf unsere beiden Fragen gegeben, wie das jüngere[3]); indeß hat man keine anderen quellenmäßigen Belege für diese Ansicht, als eben nur gewiße Aussprüche späterer Rechtsbücher.[4]) Gehn wir nun streng methodisch vor, und fragen demgemäß zunächst, ob und inwieweit die alten Quellen die Annahme gestatten, der Inhaber habe sich auf eigenen ursprünglichen Erwerb berufen können?

Ich bitte den Leser sich ins Gedächtniß zurückzurufen, was ich oben von der Wesenheit des Anefangs gesagt habe. Sezen wir, daß der Act ordnungsmäßig vollzogen ist. Der Inhaber steht dann als Besizer fremden Guts da, und hat sich über diesen Punkt zu rechtfertigen.[5]) Nun beruft sich der Inhaber auf eigenen originären

[1]) Vrgl. Laband, S. 114 f.

[2]) Siegel selbst läßt (Gerichtsvrf., I. 95 u. 252) übrigens nur vermuthen, daß er den Einwand originären Besizes auf Seiten des Inhabers für zuläßig halte, spricht es jedoch nicht mit klaren Worten aus.

[3]) Vrgl. Sohm, Process, S. 105 f.; v. Bar, Beweisurtheil, S. 152; Quitzmann (für baiersch. R.), S. 170; v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 43. Ebendaselbst SS. 483—87 scheint freilich für fränk. Recht die Möglichkeit, daß Beklagter sich auf eigenen origin. Erwerb berufe, nicht anerkannt zu werden. Vrgl. ferner Heusler, Beschränkung, S. 16; Pertile, S 240; Vecchio (f. langob. R.), S. 251 f.; Thonissen, S. 538 f.; Jobbé, S. 58 f.; Poincaré, S. 41. Abseits scheint nur Zöpfl, a. a. O., S. 159, zu stehn, wo die Berufung auf einen Gewährsmann als „wesentliche" Grundlage der Vertheidigung bezeichnet ist.

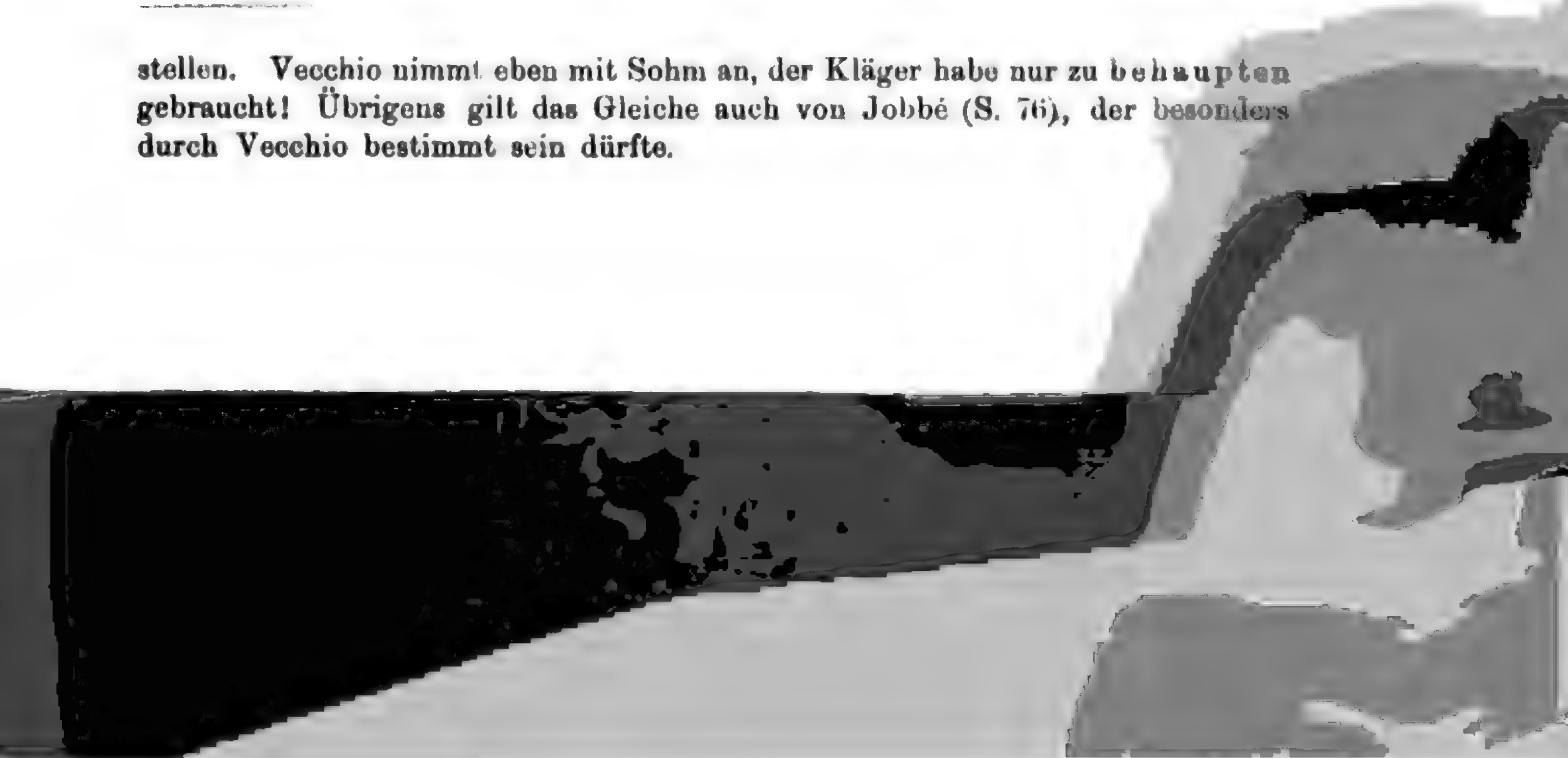
[4]) Sohm beruft sich (Process, S. 105) allerdings auf Lex Bajuwarior., XVI 11 u. 14 (Mon. G., Legg., III. 323 u. 324); die Stellen sprechen aber nur von der Berufung des Gewährsmanns auf originären Erwerb, und nicht vom Inhaber selbst.

[5]) Diesen Beweis, bez. Reinigungszwang, welchen der Anefang ausübt, verkennt Vecchio (S. 236) — der vorher (S. 47 f.) durch gewiße Bemerkungen, die leider nicht systematisch verarbeitet sind, zu besseren Hoffnungen berechtigt hatte — ganz und gar, indem er behauptet, nach german. Beweisgrundsäzen sei der bekl. Inhaber, nicht aber der klagende Anefänger zum Beweise verstattet. (Vrgl. auch S. 242.) Das heißt die Dinge auf den Kopf

Digitized by Google

Erwerb. Wie ist eine solche Berufung möglich, wenn durch den Filtort und überhaupt durch den Anefang dargethan ist, daß die Sache sich schon im Eigenthum des Anefängers befunden? Und andererseits, wie soll man den alten Germanen so wenig Vernunft zutrauen, eine solche Berufung durch Filtort und Anefang ohne weiteres abschneiden zu laßen? Hier muß es einen Mittelweg gegeben haben, auf den auch gewiße Indicien hinweisen. Filtort und Anefang *allein* sind ganz offenbar noch nicht als formal abgeschloßener Beweis der Thatsache betrachtet, daß der Anefänger die Sache früher als Eigenthümer beseßen; sie wirken vorläufig nur eine Rechtsvermuthung dafür, und zwingen eben deshalb den Beklagten mit der Sprache über seinen Erwerb herauszugehn. Wirklich abgeschloßen ist jener Beweis erst dann, wenn noch gewiße andere Umstände hinzutreten. Und deren sind zwei: entweder das Glücken der Spurfolge; oder — falls ohne Spurfolge vorangegangen ist — der Eineid des Anefängers, daß die Sache sein sei (Lex Rib. 33. 1). Die Bestärkung durch die Spurfolge, welche dem Anefang vorausgeht, ist die kräftigere. Sie zwingt, wenn sie innerhalb des zweitägigen Fatale geglückt ist, den Inhaber sogar zu sofortiger Herausgabe; unter allen Umständen aber schneidet sie dem Inhaber die Berufung auf ursprünglichen Erwerb ganz ab; ja, ich werde seiner Zeit aus Lex Sal. 37 nachweisen, daß sie im ersteren Falle überdies noch dem Inhaber den Gewährschaftszug nur dann gestattet, wenn er *zuvor* den besonderen Formalbeweis führt, daß er unverhohlen öffentlich die Streitsache erworben. Auf diese überschüßigen Wirkungen der qualificirten Spurfolge kommt es jedoch hier nicht an, sondern lediglich darauf, daß bei der Spurfolge unter keinen Umständen der Eineid vorkommt. Glückt sie nicht, so kann der Eigenthumsanspruch überhaupt nicht erhoben werden; glückt sie aber, so bedarf es nur noch des Anefangs und *nicht* des Eineides (Intertiation), um festzustellen, daß die Streitsache aus den Gewerен des Klägers in die des beklagten Inhabers gekommen ist; der leztere ist unbedingt auf den Gewährschaftszug zu seiner Vertheidigung angewiesen; darf sich nicht auf originären Erwerb berufen. Unverkennbar haben wir unter diesen Umständen die Spurfolge als Ersaz des Eigenthumseineides (Intertiation) zu betrachten, und somit das Princip aufzustellen: *Der formal durch Spurfolge und Anefang oder Anefang und Eineid des*

stellen. Vecchio nimmt eben mit Sohm an, der Kläger habe nur zu *behaupten* gebraucht! Übrigens gilt das Gleiche auch von Jobbé (S. 76), der besonders durch Vecchio bestimmt sein dürfte.



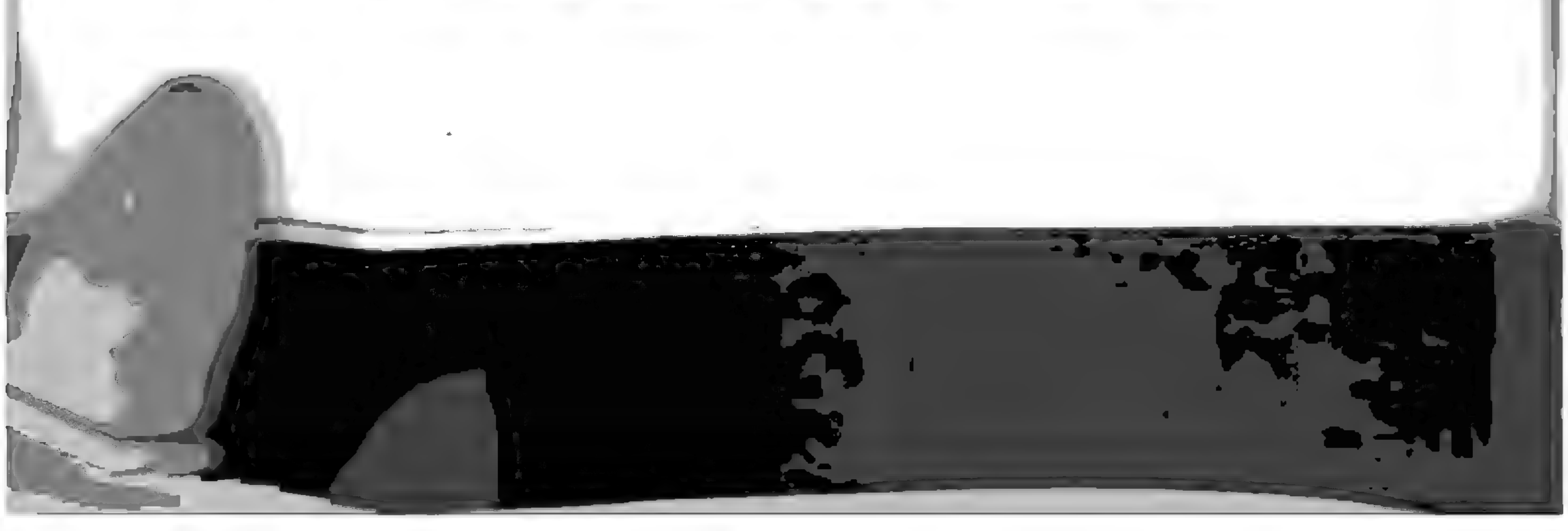
Anefängers abgeschloßene, volle Eigenthumsbeweis schneidet dem Inhaber die Berufung auf originären Erwerb ganz ab, und läßt ihm zu seiner Vertheidigung ausschließlich den Gewährschaftszug übrig. Fraglich kann demnach nur noch sein, ob der Anefänger, der nicht in der Lage ist, sich auf Spurfolge zu stüzen, es ganz in seiner Hand hat, den Eigenthumsbeweis durch seinen Eineid zu vollenden, und so den Inhaber auf den bloßen Gewährschaftszug einzuzwängen. Und ich glaube in der That, die Frage muß bejaht werden. Lex Sal. 47. 1 sagt: „Si quis servum aut caballum aut quamlibet rem super alterum agnoverit, mittat eam[1]) in tertia manu"; d. h. — wie später nachgewiesen werden soll — er stelle die Entscheidung auf die dritte Hand, mache sie vom Gewährschaftszuge abhängig. Die Berufung des Inhabers auf ursprünglichen Erwerb kann hiernach keine andere Wirkung haben, als den Anefänger zu bestimmen, noch ein Mal genau zu überlegen, ob er den Eigenthumseid wirklich mit Sicherheit leisten kann. Erkennt er aber kein Bedenken dagegen, so ist er nach jenen Worten der Lex Salica, von denen wir später sehn werden, daß sie sich auf den Eineid des Klägers beziehn, souverän. Wird nun der Eid wirklich geleistet, und hat Inhaber sich vorher in der That auf ursprünglichen Besiz bezogen, so ist durch jenen Eid der ganze Process entschieden. Gemäß dem starken Grundsaze „Ein Wort, ein Mann"[2]) kann der Inhaber nachträglich nicht mehr zum Gewährschaftszuge greifen; der Beweis ursprünglichen Erwerbs aber ist ihm abgeschnitten, und folgeweis wird er bußfällig, und muß die Sache definitiv herausgeben. Wagte dagegen der Anefänger nicht, den Certificationseid zu leisten, dann mag in dem gedachten Falle der Inhaber zum Beweise seines ursprünglichen Erwerbes gekommen sein. Wahrscheinlich war indeß die Construction des Processes eine solche, daß jener Beweis unter allen Umständen vermieden wurde, nämlich die folgende.

Nach beendigtem Anefang sprach sich der Inhaber, sofern er berechtigt war, die Sache vorläufig noch hinter sich zu behalten, darüber aus, ob er das Eigenthum des Anefängers anerkenne. War dieser mit Spurfolge vorgegangen, so mußte der Inhaber im Bestreitungsfalle zugleich seinen Gewährsmann nennen, widrigen Falls er die Sache herausgeben mußte, und ihm die Rückgewinnung

---

[1]) So ist mit der warschauer Handschrift und der Lex Emend. (Pardessus, Text V) zu lesen. Die von Behrend, S. 62, adoptirte Lesart „eum", scil. alterum, ist fehlerhaft, nicht der Inhaber, sondern die Streitsache wird intertiirt.

[2]) Vrgl. darüber neuerdings Heusler, Institutionen, S. 60.



Digitized by Google

vom Anefänger überlaßen blieb. Lag dagegen keine Spurfolge vor, so kann der Inhaber zunächst nur verpflichtet gewesen sein, sich ganz allgemein darüber auszusprechen, ob er herausgeben wolle. Wurde die Herausgabe geweigert, so war der Anefänger vor die Alternative gestellt, entweder durch seinen Erfüllungseid die Sache auf die dritte Hand zu treiben, oder überhaupt vom weiteren Verfolg der Sache Abstand zu nehmen. In lezterem Falle wurde er aber selbst bußfällig, wie ein später zu berührendes ags. Gesez lehrt. Leistete er dagegen den Eid, so war die Sache unwiderruflich auf die dritte Hand getrieben, und es blieb dem Inhaber nur der Gewährschaftszug übrig. Das „mittat eam in tertia manu" der Lex Salica ist also so zu verstehn: dann verliert er den Process, wenn er nicht durch seinen Erfüllungseid zu intertiiren wagt. Nach dieser Eidesleistung hatte dann der belangte Inhaber zu erklären, ob er noch ferner auf seinem Kopfe bestehe, und bejahenden Falls den Gewährschaftszug eidlich anzugeloben.

So erklären sich die technischen Ausdrücke mittere in tert. m. und intertiare sehr einfach, wie auch der Grund der auffallenden Erscheinung, daß die alten Geseze lediglich den Gewährschaftszug bei der Vertheidigung gegen den Anefang berücksichtigen, vollständig einleuchtet. Außerdem aber wird meine Darstellung auch durch zwei sehr wichtige Geseze bestätigt, durch das bereits erwähnte englische, Will. I. 21. 2, und — was wichtiger — durch Lex Rib. 33, 1.

Nach ersterem Gesez kennt das eigentlich ags. Recht gegen die eidliche Intertiation demfalls nur die Vertheidigung durch Gewährschaftszug, und nach wessexischem (sächs.) Recht nennt überdies der Beklagte erst nach jenem Schwure seinen Gewährsmann, d. h. spricht sich darüber aus, ob er die Vare des Gewährschaftszuges über sich nehmen, oder sofort den Process verloren geben wolle. Und genau so liegt die Sache nach Lex Rib. 33. 1. Sobald der Anefänger den Intertiationseid geleistet hat, bleibt dem Inhaber keine Wahl mehr, als sich für überwunden zu erklären, oder zum Gewährschaftszuge zu greifen.[1])

---

[1]) Der betreffende Saz ist zu lesen: „Et si — nicht wie Sohm, Mon. G., Legg. V. 226, „sic" — ille super quem intertiatur, tertia manu querat (sich durch Gewährschaftszug vertheidigt), tunc" u. s. w. Die weitere Darstellung ist so gehalten, als ob das Schwören erst dem „tertia manu quaerere" nachfolgte. Daß jedoch der Anefänger vorher schon seinen Eid geleistet, läßt das „super quem intertiatur" erkennen. In dem mit tunc beginnenden Saze

Ganz anders liegt natürlich die Frage, ob der formal vollendete Eigenthumsbeweis des Anefängers zugleich auch dem Gewährsmann den Beweis ursprünglichen Erwerbes verlegt. Eigentlich sollte allerdings auch das angenommen werden. Unverkennbar hat der Gewährschaftszug eine doppelte Seite. Er ist Vertheidigungsmittel; er dient aber auch der strafrechtlichen Seite der Anefangsklage als Inquisitionsmittel. Der Inhaber ist zum Gewährschaftszuge, bei Vermeidung eigner privat- und strafrechtlicher Haftung verpflichtet, weil man keinen anderen Weg kennt, den Schuldigen ausfindig zu machen, durch den es — wenn auch nur mittelbar — veranlaßt ist, daß die geanefangte Sache sich an einer Stelle befindet, wo sie — eben ausweislich des formalen Eigenthumsbeweises — sich rechtmäßiger Weise nicht befinden sollte. In der That scheinen auch die beiden fränkischen Gesezbücher den Formalismus hier wirklich so sehr auf die Spize getrieben zu haben, daß sie die Möglichkeit der Berufung auf ursprünglichen Erwerb nicht einmal für den Gewährsmann statuiren. Daß aber gleichwohl das germ. Recht keineswegs mit der entgegengesezten Idee unverträglich war, beweisen nicht nur gewiße langobard. Geseze, die ich hier übergehe, sondern auch die von Sohm angezogene Lex Bajuw., 16. 11 u. 14 (Mon. G., Lgg., III. 323.[1]) Besonderes Gewicht möchte ich aber darauf legen, daß auch das ags. Recht die in Rede stehende Möglichkeit anerkennt. Adlr., II. 9, 1 (Schmid, S. 210)[2]) schreibt vor: „Wer Gut als sein anefängt, sichere sich darin, daß er zu jedem Gewährschaftszuge zuverläßige Bürgschaft erhalte; und er selbst sehe sich vor (beorge hine), daß er sich nicht vergreife beim Anefang (awôh ne befô = keinen error in objecto dabei begehe), damit man ihn nicht so bedränge, wie er es dem anderen zugedacht hatte.“ Es ist möglich, daß diese Stelle auch an den Fall gedacht hat, wo der Anefänger von der

---

liegt der Ton auf ambo. Gemeint ist: dann hat nun auch der Inhaber zu schwören. Jener Saz mengt die beiden Eide, die unmöglich zugleich geschworen sein können, überhaupt in confuser Weise zusammen. — Pertile (S. 240) verlegt die Nennung des Gewährsmanns nach fränk. und langob. R. ebenfalls in das praeparator. Verfahren, spricht sich aber leider nicht genauer über den Zeitpunkt aus, wann es dort stattfindet.

[1]) Daß in Tit. 16 auch röm. R. eingedrungen, ist gleichgiltig; §§ 11 u. 14 sind echt deutsch. R. § 11 ist u. a. von Siegel, Gerichtsvf. I. 263 f., besprochen, und zwar, wie mir scheint, nicht ganz richtig. Vrgl. dagegen Löning, SS. 109—115.

[2]) Vrgl. dazu Lex Burgund. 83. 2.

Digitized by Google

Sache bußfällig zurücktritt, weil er den Intertiationseid nicht zu leisten wagt. Ihre Hauptvoraussezung ist aber unverkennbar, daß der Irrthum des Anefängers durch den Gewährschaftszug aufgedeckt wird; und das ist nur möglich, wenn sich schließlich ein Gewährsmann als ursprünglicher Erwerber ausweist.

Zum Schluß noch eine Bemerkung zu der mehrfach erwähnten altmerowing. Gesezesnovelle „De rebus in alode patris", die schon von Zöpfl (a. a. O., S. 162), von Siegil (Gerichtsverf. I 95 f.), Sohm (Process, S. 105, N. 19; SS. 113—115), v. Bethmann-Hollweg (a. a. O., S. 486), Jobbé (S. 67 f.) und vielleicht noch anderen Schriftstellern, von denen ich es nicht weis, zum Gegenstande der Besprechung gemacht ist. Der Fall ist, daß Anefang und Intertiation erfolgt sind bei einem Besizer, der für seine Person weder originären, noch derivativen Erwerb behauptet, sondern sich sowohl zu seiner strafrechtlichen Vertheidigung, wie auch als Besizesprätendent darauf beruft, die Sache von seinem Vater geerbt zu haben. Das Gesez behandelt nun diese Berufung zunächst ganz wie einen Gewährschaftszug. Da aber der Erblaßer eben keine Gewährschaft mehr leisten kann, so macht es die strafrechtliche Seite für den Inhaber ganz davon abhängig, daß er formgerecht die Thatsache des „Geerbthabens" beweist. Die weitere Frage aber, ob der Inhaber verpflichtet ist, die Sache dem Anefänger herauszugeben, wird von dem weiteren Formalbeweise abhängig gemacht, „qualiter pater ipsas — die geanefangte Fahrhabe — invenisset." Nach Sohm soll das besagen: daß der Erblaßer das Gut auf ursprüngliche Art erworben habe.[1]) Das ist indeß eine willkürliche, dem Wortlaute widersprechende Behauptung, die auch schon Jobbé bestritten hat. Das Zeitw. invenire ist bereits vorher, gleich dem altd. findan, im allgemeinen Sinne von erlangen, erwerben überhaupt gebraucht. Der Erbe soll nur die concrete Art des Erwerbes durch Formalbeweis feststellen, gleichviel, ob der Erwerb ein ursprünglicher ist, oder nicht. Kann er das nicht, so muß er die Sache sofort herausgeben, und ist auf die strafrechtliche Reinigung beschränkt. Kann er es dagegen, so ist die Ehrlichkeit des Erwerbs des Erblaßers ebenso in Frage gestellt, als wenn der Inhaber sich auf ihn als seinen Gewährsmann berufen hätte. Sämtliche genannte Schriftsteller, mit alleiniger Ausnahme, wie ich glaube von Siegel, gehn indeß hier einen erheblichen

[1]) Offenbar ist v. Bethmann-Hollweg (a. a. O.) gleicher Ansicht, während Zöpfl und Siegel die Frage nicht berühren. Laband dagegen läßt durch eine gelegentliche Bemerkung (S. 98, N. 16) erkennen, daß er meine Ansicht theilt.

Schritt weiter, und nehmen an — insbesondere Sohm noch aus Gründen, die dem german. Erbrecht entlehnt sind, mir aber sehr problematisch erscheinen — der Process sei damit überhaupt definitiv zu Ungunsten des Anefängers entschieden. Keiner von ihnen hat aber auch die Frage erwogen, die ich grade für die entscheidende halte, die Frage nämlich, ob unser Gesez das praeparatorische Anefangs- und bez. Intertiationsverfahren betrifft, oder das Hauptverfahren. Sie alle sezen das leztere als selbstverständlich voraus, während ich annehme, daß die Novelle grade das erstere betrifft, und an Stelle des Eides, wodurch der belangte Inhaber sich zum Gewährschaftszuge verpflichtet, die beiden besprochenen Beweise gesezt hat. Leitende Tendenz ist dabei — ms. Es. — gewesen, das praeparatorische Verfahren dem besonderen Falle angemeßen zu accomodiren. Auf dies praeparatorische Verfahren folgt dann noch das eigentlich gerichtliche Hauptverfahren. Auf dies weisen die Worte hin: „Hoc si fecerit" — wenn er die beiden besprochenen Beweise geführt — „poterit rem intertiatam vindicare." Das verb. vindicare steht hier wie im cap. 2 desselben Capitulars, zu dem unsere Novelle gehört, im Sinne von im Wege Rechtens für sich fordern.[1]) Bei dieser Vindication kann Beklagter sich dann eben sowohl auf Gewährschaftszug stüzen, wie auf originären Erwerb des Erblaßers.[2]) Wie mir scheint hat Siegel — so zu sagen — schon mit solcher Auffaßung der Stelle gekämpft, ist aber nicht zur vollen Klarheit gekommen.

Anmerkung II.

Nachstehend bringe ich gleich noch den zweiten für die Vertheidigung gegen den Anefang entscheidenden Punkt, die Stellung

[1]) Vrgl. auch Capit. Salic., I. 7 u. I. 12 (Boretius bei Behrend, Lex Salic., S. 91 f.), sowie vor allem VII. 9 (ebendas. S. 115). Behrend und Boretius haben sich leider an und zu keiner der angeführten Stellen über den Sinn von vindicare ausgesprochen. Vrgl. dazu auch Richst. Ldrs., 16. 2 u. 3 (Homeyer, SS. 142—144).

[2]) Wenn die Sache noch mit dem Filtort des Klägers behaftet sein mußte, um den Anefang überhaupt zu ermöglichen — eine Thatsache, die, wie ich (S. 50) gezeigt habe, in unserer Novelle vorausgesezt wird — dann kann der Erwerb seitens des Erblaßers unmöglich schon so weit zurück gelegen haben, daß sein Gewährsmann und die Zwischenmänner nicht mehr zu ermitteln gewesen

Digitized by Google

des Gewährsmannes im Anefangsprocesse, zur Sprache. Regelmäßig wird über diesen Punkt bei Darstellung des gerichtlichen Hauptverfahrens gehandelt, als deren erheblichster Theil er betrachtet wird. Vorherrschend ist jedoch die Frage überhaupt keine processuale, sondern eine materiel rechtliche, und kann daher sehr wohl hier abgehandelt werden.

Die Intertiation und das darauf folgende eidliche Gelöbniß des Inhabers verpflichten lezteren, seinen Gewährsmann zu gesezlich bestimmter Zeit am Gerichte des Ortes zu stellen [1]), wo der Anefang vorgenommen ist. [2]) Hier sind nun drei Fälle möglich:

1. Der gehörig geladene Gewährsmann bleibt unentschuldigt aus. Dann treten die Bestimmungen Lex Rib. 33. 2 (Mon. G., Legg. III. 227) ein. Der Formalbeweis seiner Ladung macht ihn zum jactivus; der Process ist auf seine Kosten verloren. [3]) Dieser Fall bietet kein weiteres Interesse dar.

2. Der Geladene kommt; aber nicht als Gewährsmann, sondern grade in der entgegengesezten Eigenschaft, er bestreitet, Gewährsmann zu sein.

---

wären. Dem Erben also hier den Gewährschaftszug an Stelle seines Erblaßers zumuthen, würde so gar unerhört nicht gewesen sein. Konnte der Erbe aber keinen Gewährsmann nennen, so stand er dem Manne in Lex Rib. 33. 4 gleich.

[1]) Nach Quitzmann, S. 171 f. u. 336, soll es eine Eigenthümlichkeit des alten baiersch. R. gewesen sein, die diese mit dem ags. und langobard. getheilt, daß der belangte Inhaber den Vindicanten zum Gewährsmann geführt, nicht aber leztern vor das Forum der Anefangsklage (arresti) geladen habe. Die von Qu., S. 171, N. 2, angezogenen Stellen der Lex Bajuw. beweisen ms. Es. jedoch, daß das älteste baierisch. R. hier mit dem fränk. übereinstimmt.

[2]) Abgesehn von Lex Bajuw., 16. 9 (Mon. G., Legg. IV. 322 f.), einer unter dem Einfluße des röm. R. stehenden Bestimmung, berücksichtigen die german. Volksrechte nur die Nachwährschaft wegen Eviction. (Vrgl. auch Heusler. Institutionen, S. 60 f.) Hier wird es aber unverkennbar als Gewährschaftspflicht betrachtet, daß der Gewährsmann auch seinerseits wider seinen Gewährsmann heranholt und so fort. Das älteste german. R, wie es in Lex Sal. 47 und Lex Rib. 72. 1 (Mon. G., Legg. V, 259 f.) aufgezeichnet ist, verlangt nun, daß alle diese Gewährsmänner in dem Termine vorgeführt werden, wo der belangte Inhaber den seinigen zu gestellen hat. Entsteht ein Riß in der Kette, so greift der Grundsaz Lex Rib. 33. 2 Plaz, widrigenfalls der verlaßene Gewährsmann für den Schuldigen gilt, wie denn überhaupt die Sache alle Mal auf demjenigen hängen bleibt, der seine Handlungsweise in der Angelegenheit nicht justificiren kann.

[3]) Dies Princip ist sicher auch das der Lex Salica, die ohne Zweifel auch das „probabiliter ostendere" verlangt. Insofern sehe ich keinen Grund, mit Jobbé (S. 61 f.) hier einen Unterschied zwischen salfränk. und ribuar. R. zu statuiren.

Auch dieser Fall ist im Grunde für uns interesselos; ich würde ihn auch gar nicht berücksichtigt haben, wenn es mir nicht darauf ankäme, gewiße Unrichtigkeiten zu beseitigen, die darüber behauptet sind. Lex Rib. 33. 3 (Mon. G., a. a. O., S. 227) spricht sich so aus, als ob der Erschienene ganz freie Hand hätte, seine Gewährschaftspflicht einfach abzuleugnen, und damit den belangten Inhaber zu Falle zu bringen. So ist denn auch wirklich die Sache von Vecchio (S. 269), und nach diesem von Jobbé (SS. 62—64) dargestellt.[1]) Dabei ist indeß übersehn, daß der Inhaber eidlich gelobt hat, sich an seinen rechten Gewährsmann zu ziehn und daß dies Gelöbniß — allerdings neben der an sich schon verdächtigenden Contumaz — in Lex Rib. 33. 2 (und Lex Sal. 47. 2) als ausreichendes Belastungsmoment betrachtet ist, den Gezogenen für den „latro" zu erklären, der ermittelt werden soll. Siegel, dieser ausgezeichnete Kenner des altgerman. und altdeutsch. Processrechts, hat denn auch die Unmöglichkeit gefühlt, daß man den als Gewährsmann Bezeichneten so leichten Kaufs hätte entschlüpfen laßen, und deshalb die Behauptung aufgestellt, der belangte Inhaber habe in dem Zeugenbeweise, daß der Gezogene wirklich derjenige sei, von dem er die Streitsache erworben, das Mittel beseßen, ihn seines Leugnens ungeachtet bei der Sache festzuhalten. Vrgl. Gerichtsvf. I. 255 f. Diese Ansicht hat die Zustimmung Sohms (Process, S. 111, N. 33) gefunden, der indeß zugiebt, daß sie nur wahrscheinlich, nicht aber unmittelbar aus den Quellen erweislich sei. Diese Thatsache und noch gewiße andere Gründe, die ich sofort entwickeln werde, halten mich indeß ab, der Ansicht beizutreten; ich halte vielmehr eine dritte Ansicht, welche von Bethmann-Hollweg (a. a. O., S. 485) — freilich ohne den geringsten Versuch von Begründung — ausgesprochen hat, für allein richtig. Er versteht nämlich das „rem intertiatam recipere renuere" in Lex Rib. 33. 3 als eidliches Verneinen der Thatsache, der richtige Gewährsmann zu sein[2]); und das wird bestätigt durch ein Par Anzeichen, die mir unwiderleglich scheinen. Zunächst heißt es in dem karolingisch., v. J. 803 stammenden Capit. legi Ribuar. addit., cap. 35 (bei Boretius, Capitular., S. 118, c. 7): „Si auctor venerit, et rem intertiatam recipere renu-

[1]) Dieselbe Ansicht ist übrigens schon von Zöpfl (a. a. O., S. 160) ausgesprochen. Jobbé beruft sich, S. 63 f., N. 2, noch auf mehrere Stellen aus altfranzös. Coutumes. Deren Wortlaut kommt aber ungefähr auf den von Lex Rib. 33. 3 hinaus, und kann daher auch nichts weiter beweisen.

[2]) Nach Jobbé, S. 63, N. 2, hat schon Pertile die hier vertheidigte Ansicht aufgestellt. Leider besize ich keine Notiz über den Punkt, und Jobbé selbst bezeichnet die betreffende Stelle nicht näher.

Digitized by Google

erit, campo[1]) contendant.“ Nach Lex Rib. 66 (Mon. G., a. a. O., S. 255) ist der Zweikampf das Mittel, wodurch über die Eidesschelte entschieden wird. Eine solche ist sicherlich auch hier das Mittel, um die Streitfrage auf Kampf zu stellen. Der Eid selbst aber kann eben nur das renuere sein, das dem entgegengesezten Eide des Ziehenden widerspricht. Jenes karoling. Gesez scheint mir daher auch keine eigentliche Neuerung, wie allgemein angenommen wird.

Zu vorstehendem Argument tritt noch ein zweites, das ich der wessexischen Gesezgebung König Ines entnehme, die auch sonst auf unserem Gebiete auffallende Ähnlichkeit mit der fränkischen zeigt. Ine 35 § 1 (Schmid, S. 36) — eine Stelle, über die Jobbé, S. 78 (bes. N. 4) völlig unrichtige Angaben macht[2]) — schreibt nämlich vor: „Wenn man geanefangte Fahrhabe (feoh) im Gewährschaftszuge an jemanden zieht, der früher schon geschworen hat, das Gut niemals beseßen zu haben (þe his — scil. þäs feohes — âr ôðswaren häfde), so schwöre er widerholt den Eid, wenn er dazu bereit ist, bei Vermeidung der Haftung als Dieb (be þam wîte) und für den Schadensersaz (d. h. die dem belangten Inhaber zu zahlende kînuwerdunja). Weigert er dagegen den Eid, so büße er den Meineid, — scil. den sein erstes „ôðswerian“ darstellt — doppelt“ Die Stelle wird nur verständlich, wenn man sich von dem Gedanken, die Säze Mobilia non habent sequelam und Hand muß Hand wahren, seien Ausflüße des echtesten Germanenrechts ganz lossagt. Der Gezogene hat die Sache als res praestita beseßen, und den Leihekläger durch das ôðswerian zu Falle gebracht. Lezterer hat nun die Sache bei einem dritten Besizer geanefangt, welcher behauptet, daß eben jene Person, welche der Leiheklage durch sein ôðswerian entgangen ist, sie ihm veräußert habe, und sich deshalb auf diese als Gewährsmann bezieht. Dieser Zug nöthigt nun den Mann zum widerholten ôðswerian, wovon doch gar keine Rede sein könnte, wenn er in der beneidenswerthen Position wäre, der Sache durch die einfache Erklärung: ich bin nicht Gewährsmann, will es nicht sein, aus dem Wege zu gehn. Ines Ge-

---

[1]) So richtig Cod. 7 und wahrscheinlich auch 8. Der Zusaz „vel cruce“, den die übrigen Hss. haben, ist ms. Es. neuere Einschiebung. Das verb. contendere passt dazu auch nicht. Vrgl. auch Liber Papiens. ad Edict. Rothar. c. 232 und Jobbé, S. 75, bes. N. 1.

[2]) Daß Jobbé die schwierige Stelle misverstanden, ergiebt auch die Art, wie er sie mit Ine 53 u. 75 (leztere Stelle ist hier ganz interesselos) zusammenstellt.

sez läßt überdies auch erkennen, daß das ôðswerian im lezteren Falle sein Bedenkliches hat, und legt damit die Vermuthung nahe, daß auch hier Eidesschelte und Zweikampf im Hintergrunde lauern.

3. Der Gezogene erscheint, und zwar als Gewährsmann. Das ist der Fall, der uns eigentlich interessirt.

Eine weit verbreitete von Siegel (a. a. O., S. 254 f.) aufgebrachte, von Laband (S. 124 f.) gebilligte Ansicht betrachtet das „rem intertiatam recipere“ seitens des Gewährsmannes nicht nur als völlige Übertragung des Processes auf ihn, sondern nimmt auch an, diese Processübertragung beruhe auf Rückgängigmachung (Rescission) desjenigen Rechtsgeschäfts, das den Gewährsmann eben zum Gewährsmann macht. Der erstbeklagte Inhaber händigt, ihr zu Folge, die Streitsache dem recipirenden Gewährsmann gegen Ersaz des Erwerbspreises aus, und kehrt damit ein für alle Mal dem ganzen Processe den Rücken. Ja, v. Bethmann-Hollweg hat sogar (a. a. O., S. 46 f. u. S. 483) aus dieser angeblichen Wirkung der german. Gewährschaftspflicht den technischen Ausdruck intertiare herleiten wollen. Das hat allerdings selbst von Seiten eines Anhängers dieser abnormen Gewährschaftstheorie, von Pertile (S. 239, N. 1) Widerspruch erfahren; aber die Theorie selbst gilt ihm (S. 241) eben doch für richtig.[1]) Dem stellt sich jedoch eine andere Ansicht entgegen, welche zwar die behauptete processuale, nicht aber die zugleich behauptete privatrechtlich rescindirende Wirkung des recipere anerkennt. Als Vertreter dieser zweiten Theorie sind zu nennen Homeyer (Richtst., S. 499), Stobbe (Handb. II. 2, 564), Sohm (Process, S. 112 f., bes. auch N. 37), Löning (SS. 103—118), und merkwürdiger Weise ebenfalls wider Vecchio, den wir doch eben erst als Vertreter der entgegengesezten Ansicht kennen gelernt haben. Mit nicht geringerer Praecision, wie er die erste Ansicht (a. a. O.) formulirt, formulirt er (S. 273) diese zweite, indem er sagt: „L'obligo del venditore, secondo il diritto germanico, non sta solamente nell' atto formale di assumere nel processo la parte d'impetito, ma si nel fatto materiale di respingere ogni tentativo di evizione, e di mantenere il proprio compratore nel prossesso che gli ha garentito. L'assumere il

[1]) Keiner hat diese Ansicht schärfer formulirt, wie Vecchio, S. 255, und — bestimmt durch ihn — Jobbé, S. 64, und dann Poincaré, S. 42 f. Vecchio stüzt sich aber (ebenso wie Pertile) a. a. O. u. S. 272 — ausschließlich auf das langobard. Recht, ja sogar nur auf den Liber Papiens. und die Lombarda-Commentare! Wie wenig sicher aber dieser Boden sich auch bei ihm erwiesen, um darauf zu einem Urtheil über das ganze german. Recht zu gelangen, werden wir sogleich an einem drastischen Beispiele sehn.

processo constituisce solamente il mezzo di eseguire sifatto obligo." Vecchio fußt hier auf Löning, auf den auch (N. 2, a. a. O.) verwiesen ist. Es scheint ihm ganz entgangen zu sein, daß zwischen seinen kurz zuvor beendigten Auseinandersezungen und diesem Anschluß an Löning das materielle Privatrecht eine unübersteigliche Kluft gezogen hat.

Im processualen Punkte stimmen beide Ansichten überein; und der ist auch richtig. Denn darüber ist angesichts der Quellen kein Streit möglich, daß das recipere des Gewährsmannes so verstanden werden muß, daß der belangte Inhaber von diesem Augenblicke als processualer dominus negotii ganz ausscheidet, und durch den recipirenden Gewährsmann ersezt wird. Lezterer haftet daher auch fortan für alle Bußen unmittelbar, ohne daß irgend welches Zurückgreifen auf den belangten Inhaber gestattet wäre. Nur die definitive Rückgabe, oder das definitive Behalten des Streitobjects bleibt Sache des Inhabers. So ist dann auch alles in Ordnung, namentlich die unbegreifliche rescindirende Wirkung desbloßen Evictionsversuchs abgeschnitten, die doch unbestreitbar ein naturwidriges Unding ist, das Handel und Verkehr gradezu vernichtet. Wer sich auf den Wortlaut gewißer Quellenzeugniße steift, kann ja allerdings einen Augenblick den blendenden Schein erwecken, als ob Franken und Langobarden dies Unding bei sich geduldet; aber lange wird die Blendung nicht vorhalten. Für fränk. Recht kann man sich in der Frage überhaupt nur auf Lex Rib., 72. 6 (Mon. G., Legg. V. 260 f.) berufen. Wer die Bedeutung des Wortes kînu-werdunja nicht kennt, ist allerdings durch diese Stelle der Gefahr ausgesezt, zu glauben, daß das recipere sofort die Rescission des ursprünglichen Geschäfts zur Folge habe. Ich werde jedoch seiner Zeit zeigen, daß von kînu-werdunja nicht eher die Rede sein kann, als bis der Process, und damit das Recht des Inhabers auf die Sache verloren ist. Auch läßt sich weder in der angeführten Stelle, noch auch sonst die Zahlung für kînu-werdunja als Rescission des ursprünglichen Vertrags verstehn. Selbst der Schenker hat diese Buße zu zahlen, deren Wesenheit eben darin besteht, das Unrecht nicht gehörig erfüllter Gewährschaftspflicht zu sühnen.

Nun aber die einzig noch übrig bleibenden Stellen des Langobardenrechts, auf die Pertile und Vecchio so entscheidendes Gewicht legen! Stellen des alten rein germanischen Langobardenrechts sind weder von ihnen für ihre verkehrswidrige Ansicht angeführt, noch laßen sie sich anführen.[1]) Es ist lediglich der Liber

[1]) S. Löning, SS. 118—121.

Papiensis, worauf sie sich beziehn, der nicht mehr langobardisches Recht enthält, sondern das werdende lombardische. [1]) Diesem sonst so merkwürdigen und einflußreichen Rechtsbuche muß grundsäzlich jede Allgemeingiltigkeit für germanisches Recht, jede Beweiskraft namentlich für das echte und ursprüngliche Germanenrecht bestritten werden. Es enthält durchgehends romanisirendes Juristenrecht. Allerdings ist dort — aber eben nur dort — in der Expositio zu einer Constitution Ottos I, c. 7 (Mon G., Legg. IV. 578 ff.) angenommen, daß der Inhaber an den Gewährsmann die Streitsache abgebe, sein Geld wider erhalte und dann aus der Sache ausscheide. Ein Mal aber springt in die Augen, daß hier eine wesentlich andere Procedur vorausgesezt wird, wie von der Lex Salica und Lex Ribuaria. Nach dem Liber Papiensis werden die Gewährsleute nicht mehr auf ein Mal an die Gerichtsstelle des Anefangsortes geschafft, sondern man reitet von einen zum anderen, und verhandelt successive mit ihnen an ihrem eigenen Gerichtsstande. Außerdem soll aber nach der einen im Liber Papiensis referirten Ansicht der Inhaber auch nicht frei sein, bevor die Sache an den dritten recipirenden Gewährsmann gekommen; und diese Befreiung wird — unbegreiflicher Weise — damit motivirt, daß Ottos Constitution das Ziehn über den dritten Gewährsmann hinaus verbiete! Ich dächte doch, in dieser kindischen Auslegung spräche sich deutlich genug die Ansicht aus, daß der Inhaber troz des Gewährschaftszuges eigentlich Processpartei bleiben sollte.

Sonst, und das gilt namentlich von Siegel und Laband, sind es gar nicht Säze der alten Volksrechte, auf die man sich stüzt, sondern es liegt wider eine Folgerung aus dem späteren Schöffenrechte vor; und zwar eine solche, die mir auf unrichtiger Auslegung zu beruhen scheint. Siegel, der übrigens (S. 253, N. 4) speciel für das alte baiersche Recht anerkennt, daß keine Rescission eingetreten sei, leitet den Grundsaz, das recipere habe in Rücknahme des Streitobjects durch den Gewährsmann gegen Zahlung der Kinuwerdunja bestanden (S. 253—55), lediglich aus Sachssp. III. 83, 3 ab. [2]) Die angezogene Stelle bestätigt aber nicht nur die siegelsche Ansicht nicht, sondern spricht im Gegentheil entscheidend für nichtrescindirende Wirkung des recipere. Eicke sagt sehr bestimmt, daß man — d. h. Kläger sowohl wie Beklagter — dem Gewährsmann das geanefangte (und also beschlagnahmte) Gut nur so lange — selbstverständlich als noch immer beschlagnahmt —

[1]) Vrgl. Boretius, Mon. G., Legg. IV, S. XCIV.

[2]) S. 254, N. 6. ist allerdings mit an Lex Rib. 72. 6 erinnert; aber nur, um eine Bemerkung über den Betrag der kînu-w. daran zu knüpfen.

Digitized by Google

„in seine Gewere laßen" solle, wie er persönlich die Vertheidigung als Gewährsmann führt.[1]) Mit dieser Auffaßung stimmt auch Joh. v. Buchs Glosse zu dem „in sine gewere laten" unserer Stelle vollkommen überein. „Dat is, me schal dat em geweldig wesen laten; wente he moth dat up synen gewin unde verlust hebben unde vorstaen." „Gewaltigung und Einweisung sind die technischen Ausdrücke für die Einsezung in den Besiz", sagt Heusler (Gewere S. 188), und weist die Thatsache auch zugleich nach. Joh. v. Buch stammt aus der Zeit, wo der Ausdruck Gewere bereits angefangen hatte, in seinem begrifflichen Sinne zweifelhaft zu werden; er constatirt daher, daß Eicke nur provisorische Besizübertragung mit Stellvertretungsvollmacht meint, und nicht etwa — wie der Ausdruck „laßen" von damaligen Lesern leicht gedeutet werden konnte — eine rescindirende Rückgabe. Zum Schluß sei noch auf Planck (a. a. O., SS. 831—33) verwiesen. Das dort zusammengetragene Quellenmaterial bestätigt die hier vertretene Ansicht ebenfalls.

---

§ 3.

Die Schranken der Verfolgbarkeit des Eigenthums an Fahrhabe. Verschiedenheit des ältesten und des späteren germanischen Rechts. Muthmaßliche Ursachen der späteren Beschränkung.

Die Erörterungen des vorigen Paragraphen über den Filtort haben einen höchst merkwürdigen Grundsaz ans Licht treten laßen, dessen durchgreifende Wirksamkeit sich auch sonst im germanischen Rechtsleben sehr deutlich beobachten läßt. Das ist das grund-

[1]) „de wile he't vorstan sal." Das ist nicht durante processu, sondern hat den im Text angegebenen Sinn. Zieht sich der Gewährsmann durch einen anderen Gewährsmann aus der Sache, so geht der Beschlagnahmebesiz auf diesen über; und so fort. Das alte Recht, wie es die beiden fränkischen Gesezbücher darstellen, kennt aber das eigentliche „in die Gewere laßen" beim recipere noch nicht. Wir haben gesehn, daß es die Abwickelung der Sache mit einem Schlage verlangt; und daraus folgt, daß der belangte Inhaber seinem Gewährsmann nur im Gewährschaftstermin freie Hand über die Streitsache einräumt. Sie bleibt aber bis zum Austrage des Rechtshandels bei dem arrestirt, wo der Anefang vorgenommen ist. Davon werden wir uns später bei Besprechung der Agramition überzeugen. Aus der — freilich über alles Maß confusen — Glosse Joh. v. Buchs zu Sachssp., III. 83, 3 geht auch hervor, daß das „in die Gewere laßen" gar kein altes Sachsenrecht, sondern eine Sazung Ottos I. ist. Auffallender Weise wird auch Sachssp., II. 36, 5 u. 6 kein Wort von der Sache erwähnt. — Schließlich noch eine kurze Bemerkung über die lezten

säzliche Bestreben, die Rechtssicherheit auf die Publicität des Rechts zu gründen. Das Eigenthum an Fahrhabe wird den betreffenden Sachen aufgezeichnet durch eine Eigenthumsmarke, deren Kraft, das Eigenthum festhaltend zu sichern, sich davon herschreibt, daß man öffentlich in gehöriger Form und vor der zuständigen Instanz die Eigenthumsmarke als solche abgekündigt hat. Damit wird das „markirte" Eigenthum nicht bloß, wie Jobbé sich ausdrückt, „materialisirt", sondern es wird auch „publik", gilt in Folge dessen als allgemein bekannt (notorisch), und muß demgemäß allgemein respectirt werden. Eine weitere logische Folge dieses Publicitätsprincips, was dasselbe erst vollendet, ist der Grundsaz, daß nichtmarkirtes, also nichtpublikes Eigenthum an Fahrhabe auch nicht öffentlich respectirt zu werden braucht, sondern nur von demjenigen, welcher darum weis, etwa weil es leihweis u. s. w. seiner Treuhand übergeben ist. Diese Consequenz hat das alte Recht wirklich gezogen, indem es die dingliche Eigenthumsverfolgung bei Fahrhabe überall ausschließt, wo das Eigenthum nicht durch die Eigenthumsmarke, den Filtort notorisch gemacht ist. Die Lex Salica hat den Saz allerdings mit Stillschweigen übergangen; aber er findet sich nachgetragen in Lex Rib. 72. 9 (Mon G., Legg. V. 261): „Vestimenta . . . seu his similia absque probabile signum intertiare prohibemus."[1])

Solche Schranke der Mobiliarvindication konnte natürlich die spätere Zeit nicht mehr anerkennen. Je mehr der Verkehr sich belebte, desto mehr mußte sich die Unmöglichkeit einstellen, das Publicitätsprincip im Gütertausch mit Fahrhabe durchzuführen.

Worte der von Siegel angezogenen Stelle: „wende jene ne nach dar nicht anspreken, deme it gegeven is, den ene gave." Offenbar soll damit gesagt werden, der belangte Inhaber könne dem Evincenten gegenüber nicht anders, als dem Gewährsmanne plein pouvoir einzuräumen; denn er stüze sich ja eben nicht auf sein, sondern dessen Verfügungsrecht. „Gave" steht hier für derivatives Besizrecht."

[1]) Ohne Filtort kein Anefang, also auch keine Intertiation. Nur die Leiheklage ist in solchem Falle möglich. Der Filtort wird stets „signum" genannt (vrgl. Homeyer, Haus- u. Hofm., SS. 8 ff.); es kann also kein Zweifel darüber aufkommen, daß unter unserem „erweislichen Eigenthumszeichen" (Laband, S. 113) wirklich der Filtort gemeint ist. — Vrgl. zu der Stelle auch Siegel, Gerichtsvf. I 86, N. 1 und v. Buchs Glosse zu Sachssp. II. 36, 4 (bei Planck, a. a. O., S. 723). Jobbé meint (S. 39), das Gesez sei dadurch veranlaßt, daß man damals aufgehört habe, Kleidungsstücke, Kleinodien u. dergl. zu filtortiren. Besser läßt sich umgekehrt voraussezen, daß die Sitte des Filtortirens bei derartigen Sachen noch nicht vollkommen durchgedrungen war; und daß man deshalb ihre Vindication ausdrücklich von ihrer Filtortirtheit abhängig machte.

Digitized by Google

Der Anefang wurde nothgedrungen behandelt als unabhängig vom Vorhandensein des Filtorts; der Grundsaz von Lex Rib. 72. 9 also aufgegeben; und der Filtort verlor damit die Wirkung, das Eigenthum notorisch zu machen, trat in die Reihe der manigfachen Recognitionsmerkmale ein.

Das alte Recht kannte aber nicht bloß die erwähnte Beschränkung der Eigenthumsverfolgung bei Fahrhabe, sondern noch eine zweite, für die Entwicklung der Anefangsklage höchst wichtige. Keins der alten Geseze erwähnt diese zweite Schranke, die Unmöglichkeit, eine res praestita mit der Anefangsklage zurückzufordern. Daß diese Schranke aber wirklich bestanden, leuchtet sofort ein, wenn man erwägt, daß der Anefang den Inhaber, der ja in diesem Falle gar nicht abwälzen konnte, der Vare der Diebstahlsbuße unterwarf; und daß der Leiher den Besiz der Streitsache auf die ehrlichste Weise von der Welt erhalten hatte. Es konnte somit keine Rede davon sein, ohne weiteres gegen ihn mit Anefang vorzugehen. Freilich aber konnte diese Schranke keine absolute sein; namentlich hatte sie nichts zu thun mit dem Saze: Mobilia non habent sequelam. Wir werden in Anmerkung II zu diesem Paragraphen sehn, daß noch zu der Zeit, welche jenen Saz bereits als strenge Norm betrachtete, der Verleiher mit Anefang gegen den Leiher vorgehen konnte, sofern nur der Leiher den Besiz der Sache nach Ablauf des Leihvertrags ableugnete. Das galt für dieblich. Jedenfalls ist aber auch der Drittinhaber, der die Sache vom Leiher hat, gegen den Anefang nicht gedeckt durch die Berufung auf das Leihverhältniß, das zwischen seinem Gewährsmann und dem Anefänger bestand. Die alten Geseze, namentlich die fränkischen, kennen eine solche Berufung durchaus nicht; und Ine c. 35 § 1[1]) hat uns bereits deutlich gezeigt, daß der Anefang auch gegen den Rechtsnachfolger des Leihers oder sonstigen Treuhänders zuläßig gewesen ist. Die Veräußerung einer geliehenen Sache war ja erst recht „dieblich“.

Außer den beiden besprochenen Beschränkungen des Anefangsrechts bei Fahrhabe vermag ich in den alten Quellen keine zu entdecken, und ziehe daraus den Schluß, daß ihnen der Saz: Mobilia non habent sequelam noch völlig fremd gewesen ist.[2]) Damit ist aber noch

[1]) Vrgl. oben S. 63.

[2]) Den Obersaz giebt man allgemein zu; ja man geht sogar noch weiter und räumt ein, daß aus der Lex Wisigothor., der Lex Bajuwarior., der Lex Ribuaria (Stobbe, Handb., II. 2, S. 561, bes. auch N. 5), der Lex Burgundion. und der Lex Alamannor. (Jobbé, SS. 80—82; 88, in Übereinstimmung mit Vecchio, S. 32, N. 1; Poincaré, S. 20 f.) deducirt werden müße, daß sie den Saz

nicht gesagt, daß das alte Recht den Saz: Hand muß Hand wahren ebenfalls nicht gekannt habe. Ganz abstract betrachtet erscheint es keineswegs undenkbar, daß der Treuhänder die Verpflichtung hat, die res praestita, die bei ihm abhanden gekommen ist, dem Eigenthümer widerzuschaffen. Hat er sie weiter verliehen u. s. w., so besizt er auch in der Klage wegen res praestita ein vollkommen geeignetes Mittel dazu; aber auch dafür, daß er die geliehene Sache, die ihm wider Willen abhanden gekommen ist, widerschaffen muß, laßen sich Gründe anführen, die im ersten Augenblicke sehr bestechen. So zunächst die ganz allgemeine Erwägung, daß der Treuhänder sogar für die zufällige Gefahr der Sache, wie das Entlaufen oder Gestohlenwerden eines anvertrauten Thiers oder Sklaven haften muß. Ist es da nicht billig, ihm auch das Recht, die anvertraute Sache dem unrechtmäßigen Besizer wider abzuholen, einzuräumen?[1]) Vielleicht indem man ihm die Anefangsklage als actio utilis gestattet? Und wirklich scheint das Lex Rib., 72. 2 (Mon. G., Legg. V. 260) zu bestätigen. Danach hat der Inhaber eines intertiirten Sklaven, der ihm entlaufen ist, diesen binnen gesezlich fixirter Frist wider herbeizuschaffen; andern Falls wird angenommen, er habe ihn absichtlich entlaufen laßen, und er verwirkt demgemäß die Diebstahlsbuße neben capitale und dilatura. Der Inhaber einer intertiirten Sache ist in Bezug auf Praestation der Gefahr dem Treuhänder ganz gleich gesezt, wie wir sehn werden; Lex Rib. 72. 2 gilt also sicher auch für diesen. Spricht denn das Gesez aber wirklich vom vindiciren? Nein; gewiß nicht. Lex Rib., 72. 8 (Mon. G., a. a. O., S. 261) sezt den Fall, daß das intertiirte Thier nicht entlaufen, sondern gestohlen ist; in diesem Falle hat aber der In-

---

nicht anerkannt hätten; aber den Schluß, den schon Eichhorn (RG. § 261) und neuerdings wider (nach Jobbé, S. 80) Raynaud gezogen hat, will man nicht gelten laßen! Wie Jobbé (S. 79) und nach ihm Poincaré (SS. 9—11; S. 14 f.) gezeigt haben, spricht auch die sehr erhebliche Analogie des altindischen, altrömischen und altgriechischen Rechts, sowie des Rechts der heutigen Kabylen für den Schluß.

Beiläufig bemerkt, sucht Vecchio (a. a. O.) die Beweiskraft der Lex Wisigothor. und Lex Bajuwar. hier dadurch zu eliminiren, daß er ihre einschlägigen Bestimmungen auf römischen Einfluß zurückführt. Daß die Lex Ribuaria auch in diese Reihe gehört, berücksichtigt er nicht. Das hat indeß Poincaré nachgeholt. Allen drei Gesezen, sowie der Lex Burgund. stellt er (S. 20) folgendes Raisonnement entgegen: „Nous répondrons, que ces textes, d'une clarté douteuse, et au surplus, d'une rédaction relativement récente, ont pu subir et ont subi, comme il y parait, l'influence du droit romain". Gilt das vielleicht auch von Ine 35 § 1?

[1]) Stobbe macht aus dieser scheinbaren Billigkeit (Vertragsr., S. 272) einen wirklichen Rechtssaz.

Digitized by Google

haber sofort Diebstahlsbuße, capitale und dilatura verwirkt.[1]) Der Grund dieser merkwürdigen Abweichung kann nur darin liegen, daß jezt ein Dritter Besiz ergriffen hat, dem der belangte Inhaber ohne Rechtsmittel gegenüber steht. Der Fall des Tit. 72. 2 würde ebenso liegen, wenn ein Dritter sich des intertiirten Sklaven, der entlaufen ist, bereits bemächtigt hätte. Das Gesez sezt aber das Gegentheil voraus. Der Sklave treibt sich obdach- und herrenlos umher, und soll nur wider eingefangen werden. Dazu aber ist der Anefänger dem Inhaber so wenig verpflichtet, wie von neuem einen Anefang vorzunehmen, um das gestohlene Thier wider herbeizuschaffen. Daher die Bestimmungen Lex Rib., 72. 3 u. 8; daher ihre Abweichung von einander, welche die herrschende Ansicht, schon das alte Recht habe den Grundsaz: H. m. H. w. gekannt, positiv widerlegt.

Wie die Dinge liegen, wird man mich aber mit diesem Beweise noch nicht durchlaßen. Stobbe (Vertragsr., S. 270 f.), Pertile (S. 244 f.) und Heusler (Gewere, S. 492 f.) haben die Geltung des Sazes: Hand m. H. w. aus Liutpr., c. 131 (Mon. G., Legg. IV. 164) für langobard. Recht deduciren wollen; die ersteren beiden Schriftsteller allerdings nur sehr bedingungsweis; Heusler dagegen ganz unbedingt. Lezterer folgert aus der Stelle überdies noch den Saz: Mobilia n. hab. sequ., der ihm überhaupt mit dem ersteren vollkommen identisch ist. Man wird daher von mir verlangen, daß ich mich auch noch mit diesem Argumente für die gegentheilige Ansicht auseinanderseze. Nun wohl; diese Auseinandersezung kann aber — soll sie nicht allen Boden unter den Füßen verlieren — nicht anders als auf Grund des genauen Wortlautes des langobard. Gesezes geschehn. Dieser ist folgender: „Si quis commendaverit res suas in cujuscunque casam de conlibertos suos, libero hominem (in die Hofgewere irgend eines von seinen vollfreien Nachbaren), et contigerit, ut adveniens fur res ipsas furaverit, et ipse in cujus casa res fuerunt, reddederit, aut si non reddederit, tamen reddere debit[2]); et[3]) nos ita statuimus et diffinimus: ut, qui res alienas

[1]) Die Sache wird „verloren" gegeben von Seiten des Anefängers; offenbar aber kauft ihm der Inhaber durch Zahlung des capitale sein Recht (expropriando) ab.

[2]) D. h. wenn er entweder thatsächlich bereits vollen Ersaz geleistet hat, oder nach Lage der Sache durch das zwischen ihm und dem Eigenthümer bestehende Vertragsverhältniß wenigstens dazu verpflichtet ist.

[3]) Die Faßung klingt wie ein Weisthum: Du fragst, was in dem Falle: „Si quis commendaverit — debit" Rechtens, und wir urtheilen: statuimus et diffinimus.

susceperent, et eas perdederit, restituat (erseze) res ipsas cui fuerunt. Et si postea ipse furtus inventus fuerit, (der Diebstahl, die gestohlene Sache beim Diebe entdeckt ist), componat ipse fur, de cujus casam ipsas res rapuit aut furavit (dann zahle der Dieb die Diebstahlbuße an denjenigen, aus dessen Hofwere er die Sache geraubt oder gestohlen hat). Quia ideo hoc (= quod ideo) praepeximus, quoniam, si ille componat ipsum furtum, cui res ipsas (ipsae) fuerit (wenn er die Diebstahlbuße an den Eigenthümer entrichtete), postea ille cujus casam rupit, querat ei ruptura casae suae)[1]), et non possumus in unam causam duas calamnias imponere (zwei Mal wegen ein und derselben Sache in den Anklagestand versezen). Ideoque sic nobis justum visum fuit, ut ille, qui res suas commendavit, recipiat eas (Ersaz dafür erhalte) ab ipso in cujus casa perierunt; et ipse de cujus casam perierunt aut ipsum furtum exivit, querat ad ipsum furonem et tollat sicut lex est" (klage vom Diebe die Buße ein, und bemächtige sich der gestohlenen Sache unter der — von Rothari, c. 232 a. E., Mon. G., a. a. O., S. 58, vorgeschriebenen — gesezlichen Bedingung[2]). „Et ipse fur, licit malefactor sit, non habeat de una causa duas calumnias." Es bedarf keiner Ausführung, daß dies Gesez nicht altes Langobardenrecht codificirt, sondern im Gegentheil durch seine Sazung dasselbe abändert. Nach bisherigem Recht war es zuläßig gewesen, daß erst der Eigenthümer mit Anefang gegen den Dieb vorging, und ihm nicht bloß die gestohlene Sache abholte, sondern auch die Diebstahlsbuße. Hinterher[3]) konnte dann noch der Treuhänder, bei dem die Sache gestohlen war, eine neue Privatstrafklage erheben wegen der gegen ihn verübten Burh-, bez. Edor-bryke (effractura, Einbruch). Das verursachte natürlich doppelte Lasten an Vermögen und Schande; und das wollte man dem Diebe, „licet malefactor sit", ersparen. Zu diesem Behufe schnitt man hier das Anefangsrecht des Eigenthümers ganz ab, sofern er vertragsmäßig nur in der Lage war, seinen Treuhänder auf Schadensersaz zu belangen.[4]) Dann sollte der Eigenthümer sich ausschließlich mit

[1]) Vrgl. Lex Sal. 11.

[2]) Das „tollat sicut lex est" involvirt noch eine ganz besondere Garantie des Diebes dagegen, daß er später (durch den früheren Eigenthümer) nochmals in Anspruch genommen wird.

[3]) Vorher war es nicht möglich, weil erst durch die Anefangsklage festgestellt werden mußte, daß der Betreffende der Dieb, und also auch der Einbrecher war.

[4]) Diese wichtige Einschränkung, die schon Stobbe hervorgehoben hatte, und neuerdings Pertile wider gebührend betont, ignorirt Heusler.

Digitized by Google

seinem Schadensersatze begnügen, und dagegen der Trödhänder als eigentlich Bestohlener behandelt werden. So werden in der That die „duae calamniae“ in eine zusammengezogen; aber der Eigenthümer verlor darüber sein Eigenthum. Der Gedanke Hand m. H. w. ist bei dieser Neuerung nirgend als mitwirkendes, geschweige denn gar als allein wirkendes Motiv bemerkbar.[1]) Nicht weil der Trödhänder Trödhänder ist; auch nicht weil er in ausgezeichneter Weise für die Gefahr haftet, oder gar, wie Heusler will, weil er der beste Mann ist zur Verfügung der Sache, hat man ihm das Anefangsrecht überwogen; sondern man hat den Umstand, daß er Ersatz leisten muß, als Mittel benutzt, den Eigenthümer aus der Sache herauszuziehen, und dadurch die strafrechtliche Seite der Sache zu vereinfachen. Das aber nicht provisorisch, wie es die Regel Hand m. H. w. erfordert haben würde, sondern ebenso definitiv, wie es Lex Rib. 72, 8 geschieht. Läßt sich aber auch aus Langob. 131 nichts so wenig beweisen, als daß das altgerman. Recht die Sätze Mobilia n. hab. seqn. und Hand m. H. w. gekannt hat, so muß doch zugegeben werden, daß jenes Gesetz thatsächlich die erstere dieser beiden Regeln etablirt für den Fall, daß der Eigenthümer der res praestita schadensersatzberechtigt war. Auch läßt das Gesetz deutlich erkennen, mit welcher Nothwendigkeit die altgerman. Grundsätze über die Haftung bei der res praestita über kurz oder lang den Satz: Hand m. H. w. erzeugen mußten.

Die beiden Sätze „Mobilia non habent sequelam“ und „Hand muß Hand wahren“ haben nun aber unzweifelhaft im späteren Mittelalter das Anefangsrecht in Italien, Frankreich und Deutschland beherrscht.[2]) Die Anefangsklage verlangt nach der Theorie des späteren Mittelalters zu ihrer Begründung nur noch, daß a. durch den Anefang die Thatsache bescheinigt wird, daß die Streitsache sich im Besitz des Anefängers befunden; und b. daß er diesen Besitz wider seinen Willen verloren habe. Die Behauptung, daß die Streitsache wirklich Eigenthum des Anefängers sei, ist dagegen nicht mehr erforderlich. (Vrgl. Laband, SS. 78—80; 108—110; Planck, S. 726). Was besagt diese Veränderung? Laband behauptet sie bedeute gar nichts, sondern sei nur ein wesenloser

[1]) Damit erledigen sich Heuslers hypothetische Speculationen über diesen Punkt (a. a. O.).

[2]) Das kann freilich das Freiburger Stadtr. v. 1120, Art. 25, das Usatici, S. 15, übrigens ganz im Sinne v. Amira, Erbenfolge [illegible] N. 256, N. 260; S. 111, N. 260 u. SS. 138—140 ein Prototyp des deutsch. [illegible] behandelt, nicht beweisen; man muß sich deshalb auf landrechtliche Sätze, wie Sachsp. II. 60 § 1 berufen.

Schein.[1]) Ich behaupte dagegen, sie ist volle Realität; und ihre Wesenheit besteht in Folgendem. Das alte Recht stüzte sich auf den Filtort, auf die Notorietät des Eigenthums; einziges Fundament der Klage war damals wirkliches notorisches Eigenthum. Die neuere Theorie verwarf dagegen principiel diese Grundlage, für die sie keine Beweisungsmittel mehr hatte, und machte daher die Gewere, das in Geweren gehabt haben zum eigentlichen Fundamente der Klage. Demgemäß mußte der Grundsaz: Mobilia non habent sequelam Plaz greifen, sobald der Eigenthümer sein Gut in fremde Gewere gegeben; und es war ihm nicht mehr anders, als durch den Grundsaz Hand muß Hand wahren zu helfen. Die Klage hatte aber damit thatsächlich aufgehört, ein petitorisches

---

wo wenigstens der Grundsaz: Mobilia n. hab. sequ. bestimmt anerkannt ist. Vrgl. Stobbe, Handb., II. 2, S. 566, N. 24 u. 25; Homeyer, Richtst., S. 123, N. zu c. 11, u. s. w. — Für franz. R. verweise ich auf Jobbé, SS. 90 ff., und Poincaré S. 44. Auf das italien. Recht komme ich im Text zu sprechen. Jobbé und Poincaré differiren übrigens in der Chronologie um ein volles Jahrhundert. Nach ersteren sollen erst die französ. Quellen des XI. Jahrhs. das Princip: Meubles n'ont pas de suite aussprechen; nach lezterem schon im X. Leider giebt P. nirgends eine Chronologie der von ihm benuzten Urkunden; eine Controle ist also hier nicht möglich; doch steht mir Jobbés Autorität höher, wie die Ps., der ja nur dessen Nacharbeiter ist. Vrgl. namentlich auch Jobbé S. 91 ff., wo gezeigt wird, daß im XI. Jahrh. in Frankreich eine neue „action de chose emblée“ aus der alten Anefangsklage entstanden sei.

[1]) Ebenso der Herausgeber der „Untersuchungen“, Herr Geheimrath Gierke, dessen Widerspruch gegen die im Text vorgetragene Ansicht ich schon oben S. 27 signalisirt habe. Der Herr schreibt darüber an mich: „Ich kann ... nicht an eine so wenig wurzelhafte Bildung des Sazes Hand muß Hand wahren glauben, eines Sazes, der doch seine innere Berechtigung dadurch bewährt hat, daß er selbst dem römischen Rechte zu trozen vermochte, und dessen Keime ich immer noch für alt und ursprünglich halte“. Angesichts der angeführten Gesezesstellen, namentlich aber des ags. Gesezes Ine, 35. 1, bin ich beim besten Willen außer Stande, mich dieesr lezteren Annahme anzuschließen. Davon aber abgesehn, möchte ich doch auch bestreiten, daß der Grundsaz Hand m. H. w. grade die Widerstandskraft beseßen, dem römischen Rechte zu trozen. Der Saz: Mobilia non hab. sequ. hat sich allerdings noch unter dem Regime des röm. Rs. behauptet; aber in Deutschland durchaus nicht als allgemeine privatrechtliche Norm, sondern als ausnahmsweise Regel für einzelne Fälle, und diese wider gehören fast durchgehends dem Gebiete des Handelsrechts, nicht des gemeinen Privatrechts an. Damit scheint mir schon von selbst gesagt, daß die Geltung des Sazes in moderner Zeit die Folge moderner volkswirthschaftlicher Einflüße ist, die in der ältesten Zeit sich noch gar nicht bemerkbar gemacht haben; und daß sich somit rechtsgeschichtlich kaum ein organischer Zusammenhang zwischen der heutigen eingeschränkten Wirkung des Sazes Mob. n. h. sequ. und seiner Wirksamkeit im Schöffenrecht des Mittelalters annehmen läßt.

Digitized by Google

image
not
available

„Mehrfach wird für die Vindication der Ausdruck gebraucht, daß der Vindicant die Sache als die seinige recognoscirt, z. B. Lex Sal. 47. 1: Si quis res suas agnoverit; Lex Rib. 33. 1: Si quis rem suam cognoverit; Lex Burg. 83. 1: quicunque res aut mancipium agnoscit.[1]) Vrgl. ferner Lex Burg. 19. 2 u. 83. 2; Lex Rom. Burg. 34. 1. Dieselbe Ausdrucksweise kehrt in Stellen der späteren Zeit grade dann wider, wenn die Formel, daß die vom Kläger geforderte Sache sein sei, fehlt.“ Als Beleg dafür wird (neben einer Stelle des prager Jus teutonicum § 23 — Lab., S. 110 — der ich nicht die geringste Bedeutung hier beimeßen kann), folgender Abschnitt aus dem Flensburger Privileg von 1284 mitgetheilt: „Si aliquis equum suum (!) vel alias res furtive ablatas . . . agnoverit“, sowie Schleswig. Stadtr., c. 18: „Si quis rem sibi furtive ablatam recognoverit“. Endlich soll auch Brünner Schöffenbuch, c. 104, den Sinn jener Formel des alten Rechts als bloßer Identitäts-Recogniton beweisen: „negavit — der Gewährsmann — equum esse suum, — d. h. das Pferd, das er dem Bekl. verkauft habe —; postea vero adstans pro tribunali dixit, per abrasuram seu tonsuram equum in tantum immutatum esse, quod eum prima vice non recognoverit, sed modo ex certis signis plenius instructus confiteatur, eum suum esse“. Woher die leztere Stelle die ihr zugeschriebene Beweiskraft haben soll, ist schlechterdings nicht abzusehn. Sie handelt gar nicht von jenem agnoscere oder cognoscere des Anefangs, von dem die alten Geseze reden; sie handelt nur von der Identitätsrecognition, die doch nur eine elementare Vorbedingung des agnoscere des Anefängers ist, von dem die alten Geseze reden. Scheidet man aber diese Stelle aus, so liegt das Ding wesentlich anders. Wir haben bereits gesehn, daß aus gewißen Stellen der Lex Ribuaria und der Lex Burgundionum anerkannter Maßen gefolgert werden muß, daß sie die beiden Säze: Mobilia non hab. sequel. und Hand m. H. w. nicht anerkennen, sondern dem Eigenthümer die Vindication auch gegen den gestatten, welcher den Besiz der Streitsache vom Treuhänder des Eigenthümers erhalten hat. Die Lex Ribuaria darf in dieser Beziehung ohne alles Bedenken zugleich als getreuer Aus-

---

spätere weitere Begriff von „sein“ als Neuerung aufzufaßen sei, diese Annahme aber freilich nicht genügend begründet — S. 396, bes. N. 10 u. 12; S. 709, bes. N. 54; S. 838 f., N. 53. Pertile, Jobbé und — in Folge dessen — Poincaré übergehn die Frage mit Stillschweigen.

[1]) Ebenso spricht Lex Sal. 37 (Saz 3) einfach von agnoscere; im vorhergehenden Saze aber von res suas requirere = die Diebesspur seiner Sachen verfolgen.

Digitized by Google

druck des salfränkischen Rechtszustandes betrachtet werden. Es ist also gradezu ein Ding der Unmöglichkeit, daß das res suas agnoscere [1]), in dem weiteren Sinne des späteren Rechts gebraucht ist [2]); man meint damit durchaus als sein wirkliches Eigenthum anerkennen, und betrachtet zugleich den Eid des Anefängers: „in propriam rem manum mitto" (Lex Rib., 33. 1) als wesentlichen Theil, als Abschluß jenes agnoscere. Damit ist aber die Sache noch keineswegs erledigt, sondern es ist noch folgender erhebliche, ja hauptsächliche Punkt ins Auge zu faßen, den Laband vollkommen verwischt. Das alte Recht kennt eben nur das rem suam agnoscere, oder kurz ausgedrückt agnoscere. Jeder weitere possessorische Zusaz: die Sache sei ihm dieblich, oder wenigstens wider Willen, abhanden gekommen, ist ihm völlig unbekannt. Die Norm des Certificationseides des Anefängers, die ich soeben nach Lex Rib., 33. 1 mitgetheilt habe, ist dafür classischer Zeuge; auch ist die Sache so evident, daß sie z. B. Sohm (Process, S. 60) ebenfalls hat constatiren müßen, was ihn freilich nicht abgehalten hat, trozdem schon in den alten Quellen die hier bekämpfte Theorie wider zu finden. [3]) Jener possessorische Zusaz findet sich nun aber sowohl in den von Laband angeführten Stellen, wie er auch sonst, namentlich im Vindicationseide (Planck, SS. 832—35) als die eigentliche Hauptsache nicht fehlen darf. Laband selbst hat ja auch Beispiele genug dafür vorgebracht, wo das als sein ansprechen ganz fehlt, und der in Rede stehende possessorische Theil der Behauptung das alleinige Klagfundament bildet. Darin bekundet sich unwidersprechlich die von mir behauptete Änderung. Die Anefangsklage des späteren Rechts ist, an und für sich betrachtet, ein rein possessorisches Rechtsmittel geworden. Trozdem aber ist der Charakter der Vertheidigung im wesentlichen unverändert der alte petitorische, bez. criminalistische, geblieben. Nach Stobbe müßte man allerdings annehmen, daß auch die Vertheidigung possessorisch geworden; denn — wie ich schon

---

[1]) In den Fällen, wo einfach von agnoscere, cognoscere gesprochen wird, ist genau dasselbe gemeint; sie bedürfen daher keiner besonderen Besprechung.

[2]) Bruns hat (Besitz, S. 312 f.) behauptet, das als „sein" besprechen des späteren Rechts schließe ebenfalls die Behauptung in sich, die angesprochene Sache sei sein wirkliches Eigenthum. Dem ist jedoch nicht so, wie schon Stobbe (a. a. O.) u. a. constatirt haben. Wenn später der Anefänger noch sagt, die Sache sei „sein", so ist das lediglich Reminiscenz aus alter Zeit. Die Behauptung ist zur wesenlosen — und daher auch, wie bereits bemerkt, überflüßigen — Form geworden.

[3]) Dem ist dann Vecchio (S. 44) gefolgt.

[redacted]

Digitized by Google

früher bemerkt habe¹) — behauptet: es ja, sie habe sich auf die Thatsache zu gründen, daß Kläger die Sache selbst aus seinem Gewahrsam gelassen habe. Indeß das ist grade für das spätere Recht am allerwenigsten zutreffend, weil es die Berufung auf ursprünglichen Erwerb in viel ausgedehnterem Maße zuläßt, als das ältere. Stobbes Behauptung ist die eines modernen Juristen, der die Sache so construirt, wie sie unseren theoretischen Vorstellungen entsprechen würde. Eben diese Verquickung possessorischer und petitorischer Elemente in der späteren Anefangsklage, die übrigens auch Bruns nicht gelten lassen will, ist auch der Grund, weshalb heut zu Tage niemand mehr aus ihrem eigentlichen juristischen Charakter klug werden kann, während uns bei der alten Anefangsklage nur der strafrechtliche Beisatz stört.

Fragen wir nun zum Schluß, wie die Änderung der Anefangsklage aus einem petitorischen in ein possessorisches Rechtsmittel zu erklären ist, so haben wir mit dem Bekenntniß zu beginnen, daß sich eine Antwort darauf nicht geben läßt, die nicht behaftet bliebe mit dem Mangel des unbefriedigend Hypothetischen. Daß die bisherigen Versuche, die Frage zu lösen, ohne Ausnahme verfehlt sind, können wir allerdings bestimmt nachweisen; wir sind ferner im Stande, neue Vermuthungen über den Entwicklungsgang aufzustellen, die an und für sich wohl Wahrscheinlichkeit haben; aber es wird sich zeigen, daß auch ihnen Thatsachen entgegenstehen, die jene Wahrscheinlichkeit wieder stark beeinträchtigen.

Von den bisher vorgeschlagenen Erklärungsversuchen halte ich für den verfehltesten den, welcher auf den germanischen Begriff des Mobiliareigenthums zurückgreift, nach dem Vorschlage von Stobbe u. a.²) Die Rechtsentwicklung müßte geradezu rückwärts statt vorwärts gegangen sein, wenn dies der Grund der Veränderung wäre. Unmöglich kann die bewegende Kraft bei der Veränderung im materiellen, sie muß ausschließlich im formellen Recht gesucht werden, an das sich denn auch Pertile (S. 330), Heusler und Jobbé ausschließlich halten. Alle drei machen indeß den sehr erheblichen Fehler, eine strikte Continuation der Entwicklung anzunehmen. Pertile z. B. behauptet, die Grundzüge des späteren Anefangsprozesses ließen sich bereits in den alten Volksrechten, vor allem im Liber Papiensis (!) wahrnehmen; seien aber erst im XI. bis XIV. Jahrhundert in Frankreich und Deutschland

¹) Vgl. S. 10. N. 1.

²) Privatr. SS. 31—33. Er geht dabei auf Ortlieb zurück.

Digitized by Google

zur vollen Entfaltung gekommen. Im Liber Papiensis finden sich nun allerdings bereits Spuren davon; aber dieser repraesentirt, wie schon gesagt, nicht mehr das alte Recht.[1]) Gegen Heuslers — durch Sohm und Laband (bes. S. 8) angeregte — Hypothese, die Säze Mobil n. h. s. und Hand m. H. w., seien ein Nothbehelf, zu dem der executive Charakter des altgerman. Processes gezwungen habe (vrgl. besonders Beschränkung, S. 19 u. 21 f.)[2]), ist einzuwenden, daß, wenn die älteste Zeit, wo — nach Heusler — der executive Charakter des Processes am vollsten ausgeprägt gewesen ist, sich dadurch nicht zu jenen Nothbehelfen gezwungen gesehen hat, es in späterer Zeit erst recht nicht der Fall gewesen sein kann. Übrigens hat Heusler selbst seiner Hypothese den Boden entzogen bei der theilweisen Umarbeitung der genannten Abhandlung behufs ihrer Aufnahme in die Abhandlung über die Gewere, indem er dort (Gewere, S. 492) gradezu ausspricht, daß die Anefangsklage der ältesten Quellen schon nicht mehr den reinen Charakter des executivischen Processes zeige. Von noch anderen Gesichtspunkten aus, wie hier geschehn, hat Jobbé (S. 89) die Hypothese bekämpft, dabei aber grade den Kernpunkt, die Rückdatirung der Säze Mobilia n. hab. sequ. und Hand m. H. w. in das älteste germanische Recht, nicht nur nicht angegriffen, sondern im Gegentheil gut geheißen. Von lezterem Standpunkte aus hat er dann eine Emendation der Hypothese versucht (S. 83 f.), ist aber dabei so wirkungslos geblieben, daß er nicht einmal Poincarés Zustimmung erlangt hat.

Fragt man nun aber mich selbst danach, wie ich mir erkläre, daß der Saz: Mobilia non habent sequelam, und der davon abgeleitete Saz: Hand muß Hand wahren stammt; und woher es kommt, daß diese Säze grade nur in germanischen Rechtssystemen zur praktischen Geltung gekommen sind, so möchte ich zunächst mit einer Gegenfrage antworten. Ist derjenige, der ein Phänomen wahrnimmt, denjenigen, welchen er seine Wahrnehmung kund thut, ihren eigenen Blick darauf lenkt, durch diese Handlung allein schon verbunden, die Ursache des Phänomens zu erklären? Kann jemand behaupten, das Phänomen nicht zu sehn, weil derjenige, der es ihm zeigt, nicht im Stande ist, die Naturgeseze aufzudecken, die es bewirken?

[1]) Ich verweise deshalb widerholt auf Boretius, Mon. G., Legg. IV, S. XCIV, und — neuerdings — auch auf Heusler, Institutionen, S. 394 f.

[2]) So viel mir bekannt, hat diese Idee nur die Zustimmung von Vecchio (S. 27) gefunden. Widersprochen hat ihr Stobbe, wie wir gesehn haben; und Jobbé, von dem gleich zu reden, hat sie nur mit starker Modification angenommen.

Digitized by Google

Expositio (zu Rothari. 232) heißt es nämlich § 5 (Mon. G., a. a. O., S. 358 f.): „Mos est, ut qui caballum intertiat, juret caballum suum proprium, neque ulla alienatione, qua eum carere debeat, esse alienatum“; und dann wird § 7 (Mon. G., a. a. O., S. 359) diese Gewohnheit folgendermaßen verworfen: „Notandum est, quod hic usus . . . . est contra legem positam in IV. Institution libro“ — gemeint ist. § 4 J. De interd. (IV. 15) — „quia illic legitur: Commodum autem possidendi in eo est, quod, etiamsi ejus res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit probare, suum esse, remanet possessio suo loco. Et usus qui contra hanc legem est, non teneri debet; nam Pipinus dicit: Placuit nobis, ut nulla consuetudo[1]) superponatur legi.“ Der Ideengang dieser fehlerhaften Deduction ist: Wer beweist, daß er eine Sache beseßen, muß dem gegenwärtigen Besizer gegenüber so behandelt werden, als ob er noch besäße.[2]) Will also der belangte Inhaber ihn zurückweisen, so hat er zu zeigen, daß er einen vollgiltigen Besiztitel hat. Das, was die Institutionenstelle vom actor sagt, wird also gradezu umgekehrt, und zu dessen Gunsten auf den reus angewandt, sofern der Kläger nur beschwören kann: „caballum nulla alienatione, qua eum carere debeat, esse alienatum.“ Damit war die Klage selbst in ein wesentlich possessorisches Rechtsmittel verwandelt.[3]) Auf

---

[1]) Auch den Decretisten galt das langob. Recht nur als Gewohnheitsrecht, nicht als jus script., und auch die erkennen dies Interpretationsprincip vorbehaltlos an. Vergl. Maassen, Glossatorenzeit, S. 227 f.

[2]) Vrgl. dazu Bruns, Besitz, S. 118 (SS. 122—124; 203—205 u. Bruns, D. ältere Besitz, S. 51). An german. Einfluß (S. 204) kann ich hier nicht denken. Es scheint mir überhaupt kein nationaler Einfluß, sondern lediglich praktischer Nothbehelf vorzuliegen, dessen Bedürfniß freilich in lezter Instanz auf den Anefang zurückgeführt werden muß. (Vrgl. auch Bruns, Besitz, S. 251 u. Bruns, D. ältere Besitz, S. 32 f., wo im Grunde dasselbe gesagt ist.) Daher erklären sich ms. Es. auch die legislativen Erscheinungen, die B., Besitz, S. 249 f. (i. Vrb. m. S. 220 f.) bespricht. Daß ich in diesem Punkte abweichend von B. mit Delbrück übereinstimme, irritirt mich nicht. Der Grundfehler des lezteren liegt wo anders, wie ich in der folgenden Note andeutungsweis zeigen werde.

[3]) Theoretisch, bez. logisch ist es unmöglich, mit Delbrück troz des possessorischen Fundaments der Klage ihr einen dinglich petitorischen Charakter beilegen zu wollen. Zwischen Feuer und Wasser giebt es keine Coexistenz; und daß Delbr. in seinem widersinnigem Versuche, beide doch zu Freunden zu machen, den Quellen die schreiendste Gewalt angethan hat, ist für den hauptsächlich dabei in Betracht kommenden Theil der Quellen von Maassen (Das Interdict. Uti possidetis u. s. w.) glänzend nachgewiesen. Wenn aber auf der Gegenseite Bruns so weit geht, den possessorischen Charakter der neueren Anefangsklage (D. ältere Besitz, SS. 31—33) überhaupt zu bestreiten, und sie

Digitized by Google

image
not
available

Meubles n'ont pas de suite — oder (was praktisch so ziemlich auf dasselbe hinauskommt): En matière mobilière possession vaut titre — dort erheblich früher erscheint, wie in Deutschland.[1]) Bei uns ist Sachssp., II. 60 § 1, so viel mir bekannt, die erste Quelle, welche den Saz verräth; und ich vermuthe daher, daß in Deutschland erst von Bologna aus der Saz Mobilia n. h. s. eingedrungen ist, der in späterer Zeit die Faßung: Hand muß Hand wahren erhielt, um die daraus fließende Verpflichtung des Leihers stärker hervorzuheben[2]); zugleich aber auch zur Vorsicht beim Verleihen zu mahnen. Daß zwischen Deutschland und Bologna wirklich ein starker wißenschaftlicher Zusammenhang bestand, sezt eine Persönlichkeit wie Johannes Teutonicus außer Zweifel, der unter Azo in Bologna studirt, und durch seinen Apparatus Decretorum maßgebend in die endliche Gestaltung grade der Spolienklage eingegriffen hat.[3]) Er starb 1240 als Propst in Halberstadt.

Der vorstehend entwickelten Hypothese stellt sich aber ein sehr starkes chronologisches Bedenken entgegen, sofern die weit verbreitete Ansicht im Rechte ist, wonach die sogen. Leges Walliae, Lib. III § 38 bereits den Grundsaz Mobilia non habent sequelam

durch das röm. R. verdrängt sein; eine Ansicht, die bei Vecchio (S. 281 f.) unverändert widerkehrt. Dem widersprechen indeß folgende Thatsachen: a. ist es richtig, daß Pertile (S. 244 f.) die Entstehung der Säze „Mob. n. h. s." u. „Hand m. H. w." von der Expositio zu Roth. 232 datirt. Daraus aber folgt unmittelbar, daß dieser Saz in Italien durch die Juristenschule von Pavia aufgebracht ist, und dort auch gegolten hat. (Vrgl. auch Vecchio, S. 21 f.). b. Die quellenmäßigen Ausführungen Ps., S. 246 f., insbesondere das von ihm allegirte Stadrecht von Bologna, a. 1454, Art. 100, beweisen unwiderleglich, daß die Anefangsklage noch gegen Ende des 15. Jahrhs. in Italien, namentlich in Bologna selbst, in Folge der von dort verbreiteten juristischen Doctrin, als possessorisches Rechtsmittel behandelt ist. In Italien hat also auf diesem Gebiet genau derselbe Rechtszustand geherrscht wie in den beiden andern Ländern. Die Reaction dagegen, welche nach P. (a. a. O.) unter verstärkterem Einfluße des röm. Rs., und zwar des reineren röm. Rs., eingetreten ist, datirt aus keiner früheren Zeit, als sie sich auch in Deutschland (in Bambergens. u. Carolina) und Frankreich (im Grand Coutumier de France) bemerkbar macht; und sie verfolgt auch genau dieselbe Richtung. Vrgl. Jobbé, S. 196.

[1]) Juristische Verbindungen zwischen Frankreich und Bologna in der ersten Hälfte des XII. Jahrhunderts, und zwar grade solche, die in der vorliegenden Frage sich von Belang zeigen könnten, ergeben sich aus einer Mittheilung Maassens (Glossatorenzeit, S. 220 f.).

[2]) Diesen Sinn legt auch Stobbe (Handb., II. 2, S. 566, N. 25) mit Recht der Paroemie bei.

[3]) Vrgl. Maassen, Spolienklage, S. 227. — Über die Geschichte der Spolienkl. vrgl. weiter dort namentlich SS. 233—235; 239—42.

Digitized by Google

image
not
available

sobre der Text, den ich hier nach Vecchio gegeben, wirklich der genuine ist. Jobbé meint (S. 90, N. 2), wahrscheinlich sei die Lex Walliae noch im X. Jahrhundert erlassen; und Perille bezeichnet das Jahr 943 als das ungefähre Entstehungsjahr, während Vecchio und Poincaré sich über die Frage nicht genauer äußern.[1]) Man scheint demnach noch gar nicht einmal sicher über die Chronologie zu sein. Da muß ich denn — unter Hinweis auf die betreffenden Artikel in der Enzyklopädie von Ersch und Gruber constatiren, daß es im X. und XI. Jahrhundert vier bis fünf Fürsten in der Bretagne und in Cornwall gegeben, die den Namen Hoël geführt. Es ergibt sich daraus zugleich, daß die Bretagne und Cornwall zusammen ein und demselben Herrscherhause gehört haben. Sicher ist daher auch Frankreich das eigentliche Mutterland der Lex Walliae. Sollte sich nun aber schließlich noch herausstellen, daß die Lex noch nicht aus dem X. Jahrhundert stammt, sondern erst aus dem XI., etwa aus derselben Zeit, für die ich den Einfluß jener Juristenschule auf Frankreich oben als denkbar vorausgesetzt habe, dann würde die Lex Walliae jede besondere Bedeutung für unsere Frage selbst für den Fall verlieren, daß die von mir bekämpfte Interpretation von Lib. III § 38 die richtige wäre.

[1]) Perilles Deutung gestattet — unter den sodann im Text darzulegenden Verhältnissen — in der That schon die Annahme kontinentalen Einflusses, sofern die in der vorigen Note erwähnte Deutung des Ursprungs der Rechtsschule zu Paris richtig ist. Die prozeßsüchtigen Bretagner können leichtlich unter den ersten Franzosen gewesen sein, welche in Paris Rechtswissenschaft studirten.

Zweites Kapitel.

Die einzelnen Abschnitte und Handlungen des praeparatorischen Vorverfahrens.

§ 1.

Der Anefang.

Aus dem Grundsaze Lex Rib. 72. 9, daß nur filtortirte Fahrhabe vindicirbar ist, folgt von selbst, daß der erste wirkliche Processact im Anefangsprocesse — die Eröffnung des Rechtsstreites — im Gegensaze zu Vorbereitungshandlungen, die, wie die Spurfolge, noch keine bestimmte Gegenpartei voraussezen, — in nichts anderem bestehen kann, wie in der Feststellung, daß dies Streitobject nicht nur überhaupt mit dem „probabile signum" des Filtorts behaftet sei, sondern auch ganz speciel mit demjenigen des Vindicanten. Dem vollkommen entsprechend läßt die Lex Salica (37 u. 47. 1) den Rechtsstreit durch das agnoscere, die Lex Ribuaria (33. 1) durch das cognoscere des Streitobjects eröffnet werden. Völlig davon abweichend bezeichnen dagegen die ags. Rechtsquellen den Eröffnungsact als befôn, umfaßen, umfangen, umstricken (Beówulf), comprehendere, tenere (Cädmon), oder ätfôn, auch ätbefôn und ätfangan (Schmid, S. 526, s. v. ätfôn); Worte, die alle denselben Sinn haben.[1]) Der Sachsenspiegel[2]) sagt dafür anevangen; und nach ihm ist von der modernen deutschen Doctrin

[1]) Zöpfl bemüht sich (a. a. O., S. 157, N. 12), aus der malberg. Gl. barco ânomeo ani (ana) theoda (Lex Sal. 2. 12; Behrend, S. 4) auch ein salfränk. anevangen herauszubringen; und hat darin die Zustimmung von Quitzmann, S. 169, gefunden. Jene Glosse hat jedoch nichts mit dem Anefang zu thun; sie bezeichnet nur entweder den gestohlenen Opfer-Eber (bark, französ. porc) als dem Volke weggenommen (ânomen), als Diebstahl, der am Volke (ana theoda) begangen ist, oder wie Jac. Grimm (Vorrede, S. XVIII) wohl richtiger erklärt, als vom Volke angenommen.

[2]) Aber nicht bloß dies Rechtsbuch, sondern auch andere, bei denen es benuzt ist. Vrgl. Zöpfl, a. a. O., S. 157, N. 12 u. S. 199, sowie Homeyer, Richtst., S. 441.

Digitized by Google

der ganze Act, ja das ganze praeparatorische Verfahren überhaupt Anefang[1]) genannt.

Woher kommt diese augenfällige Verschiedenheit der Bezeichnung? Aus einem sehr einfachen Grunde. Die Lex Salica, und diejenigen alten Quellen, die gleich ihr nur vom erkennen reden, haben hauptsächlich gesehn auf die beweisliche Feststellung, daß diese specielle Sache, welche der Vindicant als sein beansprucht, wirklich sein notorisches Eigenthum ist; der andere Kunstausdruck behält dagegen ausschließlich die Thatsache im Auge, daß der Vindicant die Streitsache festhält, für sich in Beschlag nimmt.[2]) Beides zusammen macht aber erst den Anefang aus; und jedes von beiden bildet einen besonderen Theil desselben. Diese sehr erhebliche Thatsache lehrt und beweist der kurze Saz, womit Lex Rib. 33. 1 beginnt: „Si quis rem suam cognoverit, mittat manum super eam." Hier haben wir das cognoscere und ätfôn, das manum mittere, neben einander; und die Ausdrucksweise: si cognoverit, manum mittat läßt keinen Zweifel, daß das cognoscere dem ätfôn voraufgegangen ist; daß sein untadeliges Gelingen Vorbedingung des ätfôn ist; daß also, wie gesagt, cognoscere und ätfôn zusammen den einen Act des Anefangs bilden.[3])

[1]) Dasselbe ist „infank", Lex Bajuw., IV. 3 u. V. 3. Auch die Angelsachsen müßen den Ausdruck infangan = anefangen gekannt haben. Die Sôkngerichtsbarkeit umfaßt meist den infangen þeóf mit (vrgl. Schmid, S. 616, s. v. infangenþeóf); d. h. sie überträgt den Immunitätsherrn das ausschließliche Recht, unter der Autorität ihrer eigenen Beamten den Anefang wegen dieblichen Guts auf ihrem Territorium vornehmen zu laßen, und nachher darüber zu richten, so weit ihr Hintersaße, bei dem der Anefang vorgenommen ist, dabei in Betracht kommt. — Spätere deutsche Rechtsquellen sagen statt anefangen auch „begreifen", und die lateinisch abgefaßten (in Übereinstimmung mit den französischen und der im vor. Paragraph. erwähnten Lex Walliae) occupare, arrestare, comprehendere u. s. w. Vrgl. Laband, S. 91, N. 6.

[2]) Etwas weiteres sagt auch das ags. ätfôn u. s. w. juristisch nicht, obwohl er es sprachlich sagen könnte. Lye und Ettmüller sind also entschieden im Unrecht, wenn sie unser ätfôn durch auferre übersezen, wie Schmid (a. a. O.) berichtet.

[3]) Nach Poincaré, S. 38, hat das manum mittere „rien de commun avec l'Anevang"; er zieht es vielmehr vor, zu glauben „qu'il s'agit ici de la procédure de l'entiercement." Die Phrase manum mittere ist bereits Lex Sal. 50. 3 in der unzweifelhaftesten Weise gebraucht, um in Beschlag nehmen, wegnehmen, also anefangen im gewöhnlichen Sinne, auszudrücken. Außerdem geben Codd. 4—7 übereinstimmend statt des einfachen „mittat manum", „mittat manum suam"; aber nach P. besagt die Phrase: mittat in manum tertiam! Der alte Anefang ist also nach P. auf die „reconnaissance formelle" (S. 37)

Digitized by Google

Wie haben wir uns nun das cognoscere oder agnoscere zu denken, und wie das manum mittere? Wie gestaltet sich der ganze Hergang bis zum manum mittere? Leider ist es in allen diesen Fragen unmöglich, über das nebelige Gebiet der Muthmaßungen hinauszukommen. Was ich nun aber über die Art, wie das agnoscere vor sich gegangen, muthmaße, habe ich bereits S. 45 f. auseinandergesezt, und dort auch sowohl die spärlichen Andeutungen der Quellen, wie die abstracten Erwägungen angegeben, die mich dabei leiten. Danach stelle ich mir vor, daß der Vindicant Filtort und sonstige Merkmale des Streitobjects angegeben, bevor er dasselbe an dem Orte, wo er es anefangen will, gesehn.[1]) Dieser Beschreibung muß dann die Aufforderung des Vindicanten an den Hausherrn des Ortes des beabsichtigten Anefangs gefolgt sein, die also gekennzeichnete Sache, falls sie sich in seinen Geweren befinde, vorzuzeigen. Geschah das, so folgte die Fortsezung des agnoscere, indem nun der Eigenthumsprätendent zur leiblichen Beweisung der vorher angegebenen Merkmale schritt. Aus der Mitwirkung der Nachbaren bei der Haussuchung ist, wie ich schon früher gesagt, zu vermuthen, daß bei dieser körperlichen Beweisung auch Nachbarzeugniß[2]) ergänzend und bestätigend mitgewirkt hat. Verweigerte der Hausherr die Exhibition, so brauchte das nicht nothwendig zu geschehen auf Grund der positiven Behauptung, eine

---

beschränkt gewesen; das heißt, das alte Recht hat keinen wirklichen Anefang gekannt! Vrgl. dagegen Siegel (Gerichtsverf., I. 86 f., bes. auch N. 2) und Sohm, Process, S. 72, N. 16.

[1]) Zur Ergänzung meiner früheren Motivirung dieser Annahme mag hier nachträglich noch auf Rothari 348 (Mon. G., Legg. IV. 80) hingewiesen werden. Dort wird das Angeben der äußeren Merkmale, welche ein Thier als Eigenthum einer bestimmten Person kennzeichnen, „signa dictare" genannt. Homeyer hat der Stelle, die ihre Erklärung aus Roth. 343 (Mon. G., a. a. O., S. 78) verlangt, ms. Es. eine falsche Beziehung gegeben. Ein fremdes Thier ist abgepfändet, und der Pfandgläubiger zwingt den Eigenthümer dasselbe förmlich zurückzufordern (rogat eum caballum u. s. w. quaerere). Das geschieht selbstverständlich ohne Anefang und auch ohne leibliche Beweisung; wohl aber muß der Rückforderer sich durch Angabe der augenfälligen Kennzeichen legitimiren. Dieser Legitimationsact geht aber unverkennbar der Vorführung des Thieres vorauf. Das eben nennt das Gesez „signa dictare". Daher eben „dictare", und nicht „demonstrare". An die Stelle der leiblichen Beweisung sezt Roth. 348 das unmittelbare Ergreifen nach der Vorführung, eine Thatsache, die allerdings nicht mit ausdrücklichen Worten, wohl aber implicite dadurch ausgesprochen ist, daß das Gesez die Möglichkeit des Vergreifens auf Seiten des Agnoscenten vorsieht.

[2]) Die Zahl der Zeugen ist gleich. Bei den Salfranken müßen wohl drei gefordert sein. Das entspricht wenigstens sonst dem System der Lex Salica.

Digitized by Google

Sache wie die gekennzeichnete nicht in seinen Geweren zu haben; sondern er konnte sich auf den Standpunkt des non liquet stellen, und dem Vindicanten gestatten, unter Zuziehung der zuläßigen und erforderlichen Nachbarzeugen die Sache in seinen Geweren zu suchen.[1]) Wurde sie wirklich gefunden, so mußte nun der Act der körperlichen Beweisung ebenfalls noch vorgenommen werden. Wurde sie dagegen nicht gefunden, so war der Rechtsfall erledigt. Der Eigenthumsprätendent konnte höchstens durch den in der vorigen Note besprochenen Misgriff dem Hausherrn wegen Hâmsôkn bußpflichtig sein. Das war jedoch wider ein besonderer Rechtshandel, den der Hausherr, auf Grund des Zeugnißes der Nachbarzeugen, die bei der Haussuchung geholfen hatten, mit dem Haussucher ausfocht. Der Hausherr konnte aber auch ausdrücklich versichern, er habe keine Sache in seinen Geweren, welche der gebotenen Kennzeichnung entspreche. Diese positive Versicherung scheint das alte Recht zugleich als Untersagung der Haussuchung betrachtet zu haben. Dem stand jedoch das eigene Recht des Vindicanten gegenüber, die Haussuchung zu verlangen. Machte er davon Gebrauch, so mußte der Hausherr sich allerdings fügen, und wurde sogar ebenso wie in dem in voriger Note berührten Zwischenfalle als Dieb behandelt, wenn die Sache sich bei ihm fand. Ob sie sich aber gefunden, das konnte natürlich nur durch die Probe der körperlichen Beweisung festgestellt werden. Diese war daher

[1]) Dies Gestatten der Haussuchung muß den Hausherrn ebenso davor gesichert haben ohne weiteres als Dieb behandelt zu werden, wie die freiwillige Exhibition. Andererseits muß aber auch die Erlaubniß den Sucher vor der Strafe unerlaubter Hâmsôkn unbedingt geschüzt haben, so daß er selbst dann straffrei blieb, wenn die Suche ergebnißlos war. — Die Frage, wie weit der Hausherr verpflichtet war, dem Suchenden seine Gemächer und Behälter zu öffnen, hat im Grunde wenig rechtsgeschichtliches Interesse. Meiner Vermuthung nach lag sie aber sehr einfach. Zu zeigen brauchte der Hausherr kein einziges Gelaß; alles mußte der Suchende **selbst** finden. Fand er ein verschloßenes, so konnte er dessen Öffnung verlangen. Gab aber der Hausherr vorher die Versicherung ab, daß die Sache in dem Gelaß nicht zu finden, so betrat es der Vindicant unter dem Praejudiz von Lex Rib. 47. 3 (Mon. G., Legg. V. 236), wenn er dennoch auf Öffnung bestand. Erwies sich aber die Versicherung des Hausherrn als unwahr, so wurde er unbedingt — in Gemäßheit v. Lex Rib. 47. 2 (Mon. G., a. a. O.) — als Dieb behandelt. Das Gestatten der Haussuchung im allgemeinen schüzte ihn nicht mehr. Die Frage aber, ob er sich etwa bei seiner Versicherung nur geirrt, galt definitiv als zu seinen Ungunsten durch den Thatbestand entschieden; er hatte gelogen, und war also mindestens Diebeshehler. Da man aber nur ein Privatstrafsystem kannte, so dachte man gar nicht daran, nun auch noch die Frage zu ermitteln, ob der unglückliche Hausherr bloß Hehler oder wirklicher Dieb war.

Digitized by Google

image
not
available

die sich auch aus gewißen spärlichen Resten des späteren Rechts[1]), das sonst den Anefang nicht mehr so behandelt[2]), vermuthen läßt. Das hat auch die Doctrin bisher allgemein angenommen[3]), obwohl merkwürdiger Weise grade die alten Quellen über diesen Punkt so durchaus schweigsam sind, daß uns die Möglichkeit, darüber irgendwie genauere Angaben zu machen, ganz abgeschnitten ist.[4]) Unzweifelhaft aber hat die Doctrin ein vollkomen richtiger Takt geleitet; nur macht man allgemein den Fehler, die beiden Theile des Anefangs, das agnoscere und manum mittere, nicht zu sondern, obwohl doch der Act des agnoscere seiner ganzen Natur nach ebenso wenig solenne Formalhandlung sein kann, wie es umgekehrt der Act der Handauflegung sein muß.

Die Wirkungen des Anefangs laßen sich nach dem Voraufgeschickten sehr kurz zusammenfaßen. In allen Fällen, wo der Inhaber durch den Anefang des Diebstahls überführt wird, bedeutet das anefangen nicht bloß das provisorische wider in Kraft sezen des Eigenthumsrechts, sondern ist zugleich definitives Besizergreifen. Die geanefangte Sache wandert mit dem Anefänger in dessen Gewere zurück. Der Process ist, so weit er Vindication, beendigt; für den noch zu erledigenden strafrechtlichen Theil kommt die Sache nur noch als corpus delicti in Betracht, woranf der entwehrte Inhaber keinen Anspruch mehr hat. Sonst aber hat der Anefang eben nur die Wirkung, das zweifelhaft gewordene Eigenthumsrecht provisorisch wider in Kraft zu sezen; und zwar gleichviel, ob das Streitobject vorläufig noch in den Geweren des Inhabers bleibt, oder in die des Anefängers übergeführt wird. Es bleibt immerhin das Recht des Inhabers, das provisorisch wider in Wirksamkeit ge-

[1]) Vrgl. Planck, S. 829, N. 12. Dasselbe läßt sich auch vom Anefang des spätern französ. Rs. sagen. Vrgl. Jobbé, SS. 115—117.

[2]) S. Anmk. I zu diesem Paragraphen.

[3]) Vrgl. Homeyer, Richtst., S. 441; Siegel, Gerichtsverf., I. 91; v. Bethmann-Hollweg, S. 41 f., bes. N. 7; Scherrer, S. 268; Vecchio, S. 38 f.; Thonissen, S. 533 u. 539, N. 2; Poincaré, S. 27; Planck. S. 828 f.; Behrend, Anevang, S. 16. — Widerspruch, jedoch ohne alle Motivirung, hat nur Jobbé, S. 45 f., erhoben. Zöpfl (S. 157) und Pertile haben die Frage links liegen laßen. Von Sohm, der ebenfalls hierher gehört, wird Anmerk. I und außerdem wegen der utrirten Manier, wie er den Anefang zum „Formalact" macht, an späterer Stelle zu reden sein.

[4]) Nur ein Par dürftige Bestimmungen des alten baierisch. Rechts sind vielleicht auszunehmen. Sie laßen ziemlich deutlich erkennen, daß die Handauflegung eine solenne Handlung gewesen sein muß, ähnlich dem Eide, und vielleicht auch mit dem starken ordalischen Beisaze des Eides. Vrgl. Quitzmann, S. 169, bes. N. 4 u. S. 335, bes. N. 3.

Digitized by Google

sezte Eigenthumsrecht als nicht existent, bez. nicht mehr existent nachzuweisen. Vermag er das aber nicht, so hat er die Sache wie eine res praestita zu restituiren. Erfolgt nicht freiwillige Restitution (im Gericht), wie sie die beid n fränk. Gesezbücher als ausnahmslose Regel voraussezen, so ist vermuthlich angenommen, daß der Anefang den Eigenthümer zum Mitbesizer des Inhabers gemacht, und daß er nun ihm die Sache als völlig rechtlosem Detentor wegnehmen könne. Nöthigen Falls wird dabei die Statsgewalt Hilfe gewährt haben.

Von rein processualer Seite aus betrachtet stellen sich diese Wirkungen des Anefangs wie eine Litis contestation dar. Die Sache wird durch den Anefang res litigiosa. Der Inhaber steht fortan als der an den Process gebundene Beklagte dem Anefänger gegenüber. Das verpflichtet ihn, nunmehr zu antworten; und dadurch wird der Process in das Stadium der Intertiation übergeführt, wie ich im folgenden Paragraphen weiter ausführen werde.

Anmerkung I.

Daß der Anefang i. e. S. im Laufe des Mittelalters den Charakter des rituellen Solennitätsacts abgestreift hat, bezeugt speciel für das deutsche Recht Joh. v. Buch in seiner Glosse zu Sachssp., II. 36 § 2[1]). Nichtsdestoweniger will bis heute die Ansicht aus der Doctrin nicht weichen, daß selbst z. Zt. v. Buchs noch der Anefang ein wirklich ritueller Act gewesen sei. Das erklärt sich, glaube ich, auf folgende Weise.

Die sächsischen Schöffenrechtsquellen gebrauchen bekanntlich neben anefangen auch den Ausdruck unterwinden, theils gradezu für anefangen, theils aber auch in einem weiteren Sinne von formlosem Hand anlegen, um sich eines Gegners oder auch einer beanspruchten Sache zu bemächtigen.[2]) Ferner hat man aus dem sächs. Richtst. Ldrs., XI. 3 (Homeyer, SS. 121—123) herausgelesen, daß auch bei der schlichten Klage nachträglich ein Unterwinden, Begreifen zuläßig sei; und auf dies formlose Begreifen, auf die leibliche Beweisung der schlichten Klage hat man v. Buchs Glosse beziehn und einschränken wollen.[3]) Diese Ansicht ist schließlich von

[1]) Planck theilt sie, a. a. O., S. 829, mit.

[2]) Vrgl. Homeyer, Richtst., S. 441 f. und Laband, SS. 57, 59, 91, 93.

[3]) So ist man zeitweilig dazu gekommen unterwinden und anefangen als formloses und rituelles Begreifen neben einander zu stellen. Diese Ansicht, die

Digitized by Google

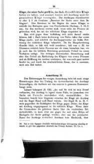
Sohm (Procecs, SS. 68—71) ungefähr dahin formulirt: Es giebt einen Anefang der wirklich Solennitätsact, nach Sohm sogar Formalact in dem, S. 46, bezeichneten Sinne ist. Dieser ist aber nur anwendbar bei der gemischten Anefangsklage, welche er eröffnet. Daneben giebt es jedoch noch einen zweiten nicht solennen, ja überhaupt formlosen Anefang, die einfache leibliche Beweisung, und deshalb auch von Sohm „Beweisanefang" getauft; und dieser Anefang, der auch niemals Beginn der Klage ist, kann auch in der schlichten Klage verwandt werden. Das ist eine klare und deshalb außerordentlich ansprechende Systematik. Die Frage läßt sich jedoch ebenso systematisch auf eine ganz andere Weise lösen; und ich behaupte, daß die andere Lösung die allein richtige ist. Leztere schließt auch den Unterschied zwischen formalem Anefang und Beweisanefang, ganz aus, und läßt nur den Anefang der gemischten Klage übrig, so daß keine andere Wahl bleibt, als die buchsche Glosse von diesem Anefange schlechthin zu verstehn. Überdies ist die andere Lösung auch so beschaffen, daß sie zur thatsächlichen Bestätigung der Glosse wird. Diese andere Lösung ist aber einfach folgende. v. Buch meint, Richtst., XI. 3, gar nicht, daß der schlichte Kläger als solcher mit der leiblichen Beweisung vorgehn könne und solle. Der Beklagte der schlichten Klage hat den Besiz[1]) im Angesichte des Gerichts geleugnet, oder sogar schon abgeschworen. Dadurch ist sein Besiz ein dieblicher geworden, sofern das Ableugnen oder Abschwören wahrheitswidrig war. Das hat die Sache für den Anefang reif gemacht[2]); und demgemäß giebt v. Buch dem

auch noch aus Behrend (a. a. O., S. 49) herausklingt, ist indeß von Homeyer (a. a. O.) und Laband (a. a. O.) widerlegt. Sie erkennen die leibliche Beweisung in Richtst., XI. 3 als wirklichen Anefang an, und haben auch nirgends den geringsten Zweifel gegen v. Buchs Glosse zu Sachssp., II. 36 § 2 geäußert. Sohm, dessen Abhandlung über den Process der Lex Salica älter ist, wie Labands Werk über die vermögensrechtl. Klagen, hat dann versucht, in jener Abhandlung Homeyers Ansicht betr. des Unterwindens mit der älteren in systematischen Einklang zu bringen. Darüber ist das Nähere im Texte berichtet. Hier ist nur noch zu bemerken, daß Laband (S. 92, N. 8) Sohms Unterscheidung des doppelten Anefangs verwirft, und dabei sowohl Homeyer wie Planck auf seiner Seite hat. Laband selbst hat aber den Sachverhalt ebenfalls noch nicht richtig durchschaut, wie ich in der folgenden Anmerkung zeigen werde.

[1]) Regelmäßig wird es sich um Treuhandbesiz dabei handeln.

[2]) Das ist der Sinn von Richtst., XI. 4 (Homeyer, S. 123). So ist auch der Zwiespalt zwischen dieser Stelle und der Glosse zu Sachssp., III. 6, 1, den Planck, SS. 836—38, zu sehn glaubt, unerfindlich. Die leztere Stelle gestattet den Anefang noch nicht, weil Beklagter noch als gutgläubiger Besizer gedacht

Digitized by Google



Kläger, der seiner Sache gewiß ist, den Bsch. die schlichte Klage fallen zu lassen, und anstatt dessen mit Anefang und der gemischten Klage vorzugehn. Das Anefangen charakterisirt er aber § 3 als formloses „Beweisen der Sache unter dem Beklagten". Dies Beweisen ist der Beginn der neuen Klage; es schließt den Beklagten ganz vom Unschuldseide (Sachsp., I. 15, 2) aus, der ihm zuerkannt werden muß, wenn nicht der Process abgebrochen wird, der mit der schlichten Klage eingeleitet ist.

Man wird gegen diese Auffassung sich nicht darauf stützen können, daß v. Buch keine Andeutung vom Fallen lassen der ersten Klage macht, und sichtlich die Anefangsprocedur als bloße Fortsetzung der schlichten Klage behandelt. Da die Hauptforderung dieselbe blieb, so läßt sich wohl annehmen, daß man z. Zt. des Glossators wirklich beide Processe nur als einen betrachtet hat, wie ja auch das die leibliche Beweisung gestattende Urtheil im ersten Verfahren erfolgt. Der richtigen theoretischen Betrachtung muß aber dies Urtheil als Entbindung des Klägers vom ersten Processe und als Eröffnung des zweiten erscheinen, der von auch ganz anders fundirt ist, und durch den strafrechtlichen Zusatz, den er annimmt, auch sein Ziel ändert.

Anmerkung II.

Den Erörterungen der vorigen Anmerkung habe ich noch einige Bemerkungen über den Umfang der Anwendbarkeit des Anefangs hinzuzufügen, die theilweis mit den erstern in genauem Zusammenhange steht.

Laband behauptet (S. 102) „An und für sich ist kein Grund vorhanden, den Anefang in irgend einem Falle, wo jemandem eine Sache mit Unrecht vorenthalten wird, auszuschließen. Insbesondere besteht kein Gegensatz zwischen der Klage mit Anefang und der Regel Hand muß Hand wahren. Der Regel H. m. H. w. steht gegenüber die Zulässigkeit der Klage gegen Dritte; der Klage mit Anefang entgegengesetzt ist die schlichte Klage. Wenn daher der Commodatar die geliehene Sache über die verabredete Zeit zurückbehält, so kann zwar nur gegen ihn und seine Erben auf Rückgabe der Sache geklagt werden; aber aus der juristischen Natur des Anefangs erwächst durchaus kein Hinderniß, diese

34. Hat er sich dagegen ebenfalls widerrechtswidriger Abtragung schuldig gemacht, so gilt ihm gegenüber ebenfalls das Princip Richsst., XI. 2 u. 4.

Digitized by Google

Klage mit Anefang anzustellen." [1]) Laband stüzt diese Theorie lediglich auf die Stellen des Richtsteigs, die ich in der vorigen Anmerkung besprochen habe; diese aber sind weit entfernt, sie zu rechtfertigen. Da Laband selbst vollkommen richtig die schlichte Klage als Gegensaz zur Anefangsklage bezeichnet; da er ferner ebenso richtig Sohms willkürliche Aufstellung eines „Beweisanefangs" verwirft, so ist niemand mehr gezwungen, wie er, die Behauptung gelten zu laßen, daß der an jenen Stellen des Richtsteigs erörterte Übergang von der schlichten Klage zum Anefang ein effectiver Klagenwechsel ist. Aber dieser Wechsel ist keineswegs in das Belieben des Klägers gestellt, sondern muß durch Urtheil auf Grund bestimmter rechtlicher Voraussezungen gestattet werden. Diese Voraussezung besteht im vorliegenden Falle im Ableugnen des Besizes der Sache. Hatte Kläger, wie Laband voraussezt, die schlichte Klage aus dem Leihevertrage angestellt, so wurde er nun auch seinerseits von dieser Schranke entbunden, und konnte possessorisch mit Anefang klagen. [2]) Dann hatte — sofern der Anefang gelang — der Beklagte sich rein dinglich zu vertheidigen.

Eine andere den Umfang der Anwendbarkeit des Anefangs betreffende Frage, muß, angesichts der jüngsten Forschungen, ebenfalls noch in dieser Anmerkung besprochen werden. Bis jezt ist allgemein angenommen, daß ein erheblicher Unterschied zwischen der Immobiliarvindication und der Mobiliarvindication des germanischen Rechts und der daraus hervorgegangenen Rechtssysteme bestehe; erstere ist unbedingt als wirkliche Vindication anerkannt, während wir gesehn haben, daß man der Anefangsklage bei Fahrhabe diesen Charakter stark bestritten hat. Die jüngsten Forschungen auf unserem Gebiete haben indeß als unzweifelhaft ergeben, daß entgegen der früheren Ansicht eine sehr erhebliche Ausdehnung der Anwendbarkeit des Anefangs angenommen werden muß; daß nicht bloß Fahrhabe, sondern auch Liegenschaften geanefangt sind; und das läßt vermuthen, daß der erwähnte Unterschied zwischen Immobiliar- und Mobiliarvindication für das älteste Recht durch-

[1]) Noch weiter ausgedehnt war diese Theorie von Heusler, Beschränkung S. 7. Der betreffende Passus ist indeß schon vor der Aufnahme der Abhandlung in das umfaßende Werk über die Gewere gestrichen; und die jüngsten Auslaßungen Hs. über die Kategorien dingliches und persönliches Recht im deutschen Rechte (oben S. 18) laßen erkennen, daß die Streichung vorgenommen ist in der Erkenntniß, daß Labands Theorie, und folgeweis erst recht ihre Erweiterung, irrig ist.

[2]) Vrgl. auch Richtst. Ldrs., XVI. 1 (Homeyer, S. 141) und Sachssp., III. 22 § 3.

Digitized by Google

aus keine Realität hat. Die Frage ist auch für meine Untersuchung von Interesse; ich muß mir daher gestatten, sie hier noch kurz zu beleuchten.

Daß auch Liegenschaften dem Anefang unterworfen gewesen sind, hat zuerst in Deutschland Brunner (in seiner Besprechung der Ausgabe der „Keuren, Costumen en Vonnissen“ der Ballischaft Südholland von Fruins (Zeitschr. d. Savigny-Stiftung, Germanist. Abthlg., IV. 236 f.) constatirt. Darauf ist Behrend (Anev., SS. 7—14) näher auf die Sache eingegangen, und hat außer der von Brunner bezeichneten Urkunde Behrend, SS. 7—9), noch 13 andere (SS. 9—14) producirt, von denen zweifellos 11, ms. Es. sogar 12, ebenfalls vom Immobiliaranefang reden. Sieben davon sind niederländischen Ursprungs (SS. 9—11); sechs gehören dem sächsischen Weichbildrecht, bez. dem magdeburger Recht an (SS. 11—14); unter lezteren die eine zweifelhafte (S. 13, Litt. n), die ich jedoch unbedingt mit hierher ziehe, und die zweifellos nicht hierher gehörige, S. 14. Litt. o. Brunner hat sich nun (a. a. O., S. 241) dahin ausgesprochen, daß der Ursprung dieses Immobiliaranefangs im alten fränk. Recht zu suchen sei; und Behrend hat dem (S. 32 u. 53 f.) mit großer Entschiedenheit zugestimmt. Ich sehe indeß nicht ein, weshalb der fränkische Mittelsmann noch nöthig ist, seitdem Behrend so viele Beispiele des späteren sächs. Rechts beigebracht hat. Muß man da nicht eher pangermanischen Ursprung der Sache vermuthen? Doch bin ich schon zufrieden, wenn mir nur mit Brunner und Behrend das Zurückgehn auf die Lex Salica und Ribuaria gestattet wird. Damit scheint mir bedeutendes Terrain gewonnen zu werden für eine Hypothese betr. die ursprüngliche Ausdehnung des Immobiliaranefangs. Der holländ. Rechtshistoriker A. Nortier nimmt (in einer von Behrend, S. 31, N. 15, angeführten Dissertation) an, der Anefang habe bei der Immobiliarvindication genau dieselbe umfaßende Rolle gespielt wie bei der Mobiliarvindication. Dem hat jedoch Behrend (S. 48; 50 f. u. 54) widersprochen, weil der Immobiliaranefang in den bisher ermittelten Fällen unleugbar nichts weiter ist, als der „Beginn der gerichtlichen Einweisung“ auf Grund des — durch formale Erbeslegitimation nachgewiesenen — Erbrechts. Ich bin indeß überzeugt, daß die von Behrend producirten Urkunden uns den Immobiliaranefang nur noch im Absterben zeigen; und daß Nortier für eine frühere Entwicklungsphase Recht hat. Dieser selbst scheint dafür allerdings keine besonderen Gründe angeführt, und so Raum genug gelaßen zu haben für die Stellungnahme von Behrend. Solche Gründe giebt es aber wirklich; und zwar, wie mich deucht, sehr strenge.

Digitized by Google

Zunächst läßt sich — wenigstens für mich — schlechterdings nicht begreifen, daß die alte Immobiliarvindicationsklage auf den Beklagten genau denselben Zwang ausüben konnte, wie die Anefangsklage wegen Fahrhabe, wenn man nicht für beide gleichmäßig den Anefang als Einleitung und Basis voraussetzt. Zahlreiche altfränk. Placita und Formeln¹) weisen darauf hin. Der Kläger tritt auf mit der Beschuldigung, Beklagter besitze seine Liegenschaft malo ordine.²) In thatsächlicher Beziehung substanziiert er zunächst nicht einmal, daß die Liegenschaft sein sei, und das „malo ordine" überhaupt nicht; dennoch aber wird beides vorläufig als gegründet behandelt. Der Beklagte ist grade ebenso wie beim Fahrhabe-Anefang außer Stande, den Besitz der streitigen Liegenschaft zu leugnen, und muß denselben auf analoge Weise rechtfertigen wie der beklagte Inhaber beim Fahrhabe-Anefang.

Ferner halte ich die formale Seite des Immobiliaranefangs ebenfalls für einen Umstand, der zu Nietfers Hypothese zwingt. Schon Behrend hat im allgemeinen die formale Identität beider Anefangsarten nachgewiesen (vgl. SS. 15—20); es ist indeß dabei noch eine Thatsache in Betracht zu ziehen, auf die ich das stärkste Gewicht lege, die aber in den Auseinandersetzungen von Behrend zu kurz gekommen ist. Ich meine die Benutzung der Haus- und Hofmarke als körperliches Mittel der Eigenthumsbewerbung. Daß dies Instrument auch im Immobiliarrecht eine hervorragende Rolle gespielt hat, läßt Lex Rib. 60. 4 (Mon. G., Legg. V. 250 f.) mit voller Bestimmtheit erkennen, und ich halte es nicht für zu kühn, vorauszusetzen, daß die Haus-, Hof- und Grenzmarke durchschnittlich in den uns überlieferten Placitis über Immobiliarvindicationen als Anefangsinstrument gedient hat, wie sie darin auch mehrfach als Mittel der Eigenthumsbewerbung ex post fungirt. Ein Paar von den behrendschen Urkunden bringen uns aber noch näher an die Sache heran. Nach der einen (steirisch.) weisen die Schöffen dem Anefänger an Recht, der Anefang sollte „oben am Pfosten des Hausthores" geschehn, und ebenso in einer anderen (ebenfalls steirisch.), wo außerdem noch die Schwelle angegriffen werden soll. (Behrend, S. 16 f.). Dazu bemerkt Behrend, unter Verweisung auf Jac. Grimm, RA., S. 174: „Eines Hauses Besitz wurde angetreten, indem der Erwerbende in die Thür eingieng, seinen rechten Fuß auf die Thürschwelle setzte, oder Thürring oder Thürangel faßte, oder auch bloß die Thür auf

¹) Vgl. z. B. Heusler, Gewere, SS. 74 ff.

²) Ebenso bei der Mobiliarvindication. Vgl. Heusler, Institutionen, SS. 380—394.

image
not
available

fänger nur dann befreit, wenn er mit Spurfolge vorgegangen, und diese rechtzeitig geglückt ist. Lex Rib., 47. 1. Was haben wir nun unter Intertiation zu verstehn?

Auf diese Frage sind drei verschiedne Antworten gegeben.

1. Die älteste, die bis heute noch Vertreter findet, hält die „tertia manus“, auf die sich das mittere bezieht, für die Hand des Sequesters; intertiare ist ihr Aushändigung an einen Sequester.[1])

Über die älteren Vertreter dieser Ansicht verweise ich auf den Literaturbericht von Sohm, Process, S. 85, N. 15, wo noch Müller, Der Lex Salica und der Lex Anglor. et Werinor. Alter u. Heimath (Würzburg 1840), S. 10, und Pardessus, Loi Salique, S. 384 nachzutragen sind. Hier sei nur ausdrücklich erwähnt, daß auch Waitz (a. a. O.), Thonissen (S. 533 f. u. 409), Jobbé (SS. 39—43[2]), Poincaré (SS. 38—40) und Reinh. Schmid zu ihren Vertretern gehört. Sieht man von einem mühevollen, aber doch durchaus verfehlten Versuche Poincarés ab, der Lex Ribuaria zum Troz, aus ihr herauszudeduciren, daß die Franken die geanefangte Sache einem Sequester übergeben hätten — ein Versuch, der muthmaßlich darauf abzielt, Jobbés Deutung von ihrem hypothetischen Beigeschmack

(Process, SS. 85—89); Gengler (Glossar, s. v. intertiare); Jobbé (S. 41); Pertile (S. 239, N. 1); Vecchio (S. 255 u. 272); Poincaré (S. 38) u. s. w. Der leztere Schriftsteller sagt auch ganz richtig: „La loi salique — nämlich Tit. 47. 1 u. 2 — emploie sans distinction le mot intertiare et l'expression mittere in tertiam manum.“

[1]) Die Ansicht dürfte ihren eigentlichen Ursprung dem altrömischen Recht verdanken, das die Sequestration in dieser Anwendung kennt. Vrgl. Gaius, IV, 16: mittite ambo hominem, und dazu Münderloh, S. 459 f.

[2]) Jobbé legt dem Ausdruck intertiare für die histor. Zeit, einschließlich der der ursprünglichen Lex Salica, allerdings nicht die Bedeutung von sequestriren, sondern von saisir bei, d. h. die Bedeutung des späteren französ. entiercer, das ganz unserem anefangen entspricht, weil dem französ. Process ebenso wie dem späteren deutschen die eigentliche Intertiation verloren gegangen ist. Anstatt aber hieraus die merkwürdige Bedeutung des späteren entiercer zu erklären, hilft er mit der Hypothese aus, in vorgeschichtlicher Zeit hätten die Franken wirklich die Sequestration gekannt, und daher von mittere in t. m., intertiare gesprochen. Ich glaube daher Jobbé seine richtige Stelle angewiesen zu haben.

Offenbar ist übrigens Jobbé nicht bloß durch die spätere französ. Gerichtssprache, sondern auch durch Pertile (a. a. O.) beeinflußt, der zu dem Ergebniß kommt, intertiare bedeute „saisir“, aber völlig außer Stande ist, zu erklären, wie die tertia manus, das intertiare damit in Einklang zu bringen ist. Demgemäß habe ich den italien. Rechtshistoriker hier auch nur als Kritiker der anderen Ansichten, die aufgestellt sind, benuzen können. Beiläufig bemerkt, referirt Pertile über Siegels Ansicht unrichtig.

Digitized by Google

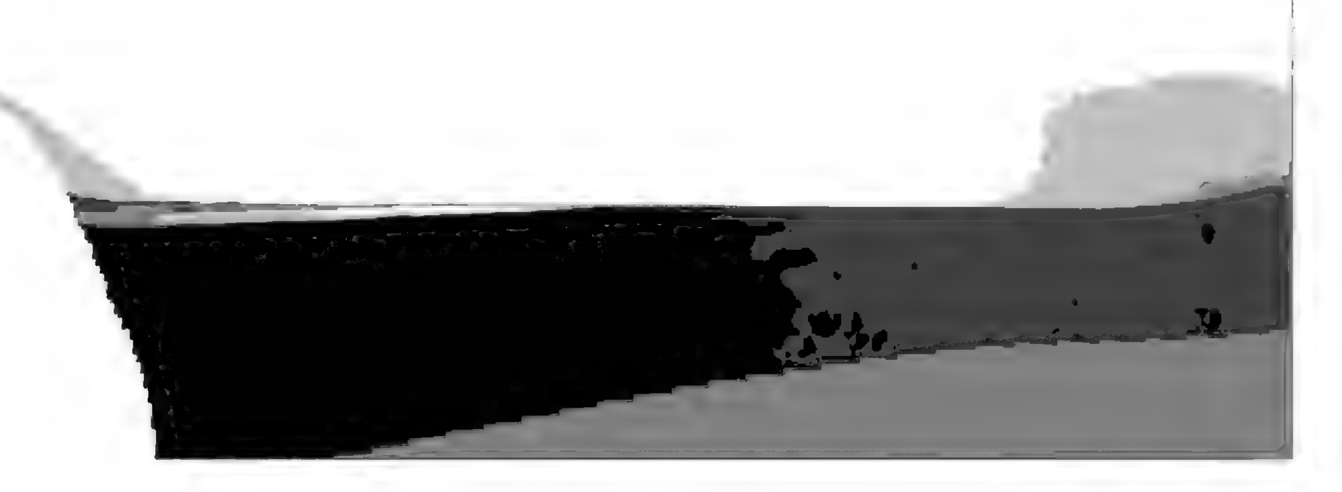
zu befreien — so entbehrt diese Ansicht jeder Basis. Der Sequester, den sie praetendirt, zeigt sich nirgends in fränkischen Rechtsquellen[1]), sondern immer nur die ganz andere dritte Hand, d. h. dritte Herrschaft, des Gewährsmannes. Ich werde daher auch nachher diese Ansicht von keinem derjenigen Schriftsteller vertheidigen laßen, die sie — wesentlich als petitio principii — für fränk. Recht aufgestellt haben, sondern durch Schmid. Derselbe glaubt nämlich in den angelsächs. Quellen den Sequester gefunden zu haben; die kritische Betrachtung der Stellen wird aber im Gegentheil ergeben, daß sie gegen den Gebrauch zeugen.

2. Zöpfl hat (Ewa Chamavor., SS. 75—77 u. RG. a. a. O., S. 157 f., bes. N. 13 u. S. 159) das intertiare aus Sachssp., III. 37, 1 (u. II. 36. 7) erklären wollen, indem er die tertia manus als „Selbdritteschwur", wodurch der Vindicant sich zur Sache ziehe, gedeutet. Dem hat indeß schon Pertile (a. a. O.) — in Übereinstimmung mit Planck (S. 833) — entgegengehalten, daß das alte Recht jenes selbdritte sich zur Sache ziehn gar nicht kennt. Nach altem Recht schwört der Anefänger nach dem Anefang einen Eineid, daß es wirklich seine Sache sei, die er geanefangt habe. (Lex Rib., 33. 1). Dieser Schwur ist eben der Intertiationsact. Er ist aber im späteren Recht — ausweislich der angezogenen beiden Stellen des Sachsenspiegels — beseitigt, und an seine Stelle der Selbdritteschwur getreten, den der Kläger zu leisten hat, nachdem der Beweis des Beklagten misglückt ist. In Folge dessen hat eben später intertiare die Bedeutung von anefangen angenommen[2]), die ihm Sohm (Proc., S. 74), Pertile und Jobbé fälschlich schon für das alte Recht beilegen. Aus gleichem Grunde ist später — wo der Filtort ohnehin nicht mehr die alte Bedeutung, und in Folge dessen der Anefang sehr erheblich an seiner beweisenden Kraft verloren hatte — auch in uneingeschränktem Maße die Einrede ursprünglichen Erwerbs gegen die Anefangsklage zugelaßen. Und ich glaube mich nicht zu täuschen, wenn ich annehme, daß die Nothwendigkeit dieser erweiterten Zulaßung mit Veranlaßung zur Beseitigung der alten und echten Intertiation, wie wir sie kennen lernen werden, gewesen ist.

3. Endlich hat eine von Eichhorn (RG., 4. Aufl., I § 59[b]) verbreitete, heute herrschende Ansicht die tertia manus als die

[1]) Das urgirt mit Recht auch Pertile, a. a. O. Vrgl. namentlich aber Siegel, a. a. O., S. 88 f.

[2]) Für diese Begriffswandlung zeugt auch die Glosse „intertiavit, anefangeda", Diutisca, I. 341.



Digitized by Google

Hand, Herrschaft des Gewährsmannes gedeutet. Einige von den Anhängern dieser Ansicht, nämlich Siegel (Gerichtsverf., I. 86 f.)[1]), Gengler (Glossar. s. v. intertiare), v. Bethmann-Hollweg (a. a. O., S. 46 f. u. 483), Löning (S. 103), Scherrer (a. a. O., S. 268) und Vecchio (S. 255 u. 272) geben in Folge dessen auch eine eigenthümliche Erklärung der Ausdrücke mittere in tert. man. und intertiare, über die sich andere Anhänger derselben Meinung (wie Sohm, Process, SS. 84 ff., Heusler, Beschränkung an verschiedenen Stellen, Thévenin, S. 16 f., N. 1)[2]) nicht aussprechen. Jene ersteren wollen nämlich dabei an die Abtretung der Streitsache an den Gewährsmann behufs Ausübung der Gewährschaftspflicht denken. Indeß das verdirbt auch diese lezte Erklärung. Pertile hat (a. a. O.) schon dagegen den wesentlich formalen Einwand erhoben, daß der Kläger, aber nicht der Beklagte intertiirt. Darauf will ich jedoch nur geringes Gewicht legen, weil immerhin der Beklagte nur thut, wozu ihn der Kläger zwingt. Das entscheidende Moment finde ich aber darin, daß er unter dem Drange des klägerischen Einflußes die Sache an die dritte, und nicht an die eigene Hand zieht. Hält man das streng fest, und legt man der Deutung der Ausdrücke in tert. man. mittere und intertiare diejenige Erklärung der tertia manus zu Grunde, von welcher die lezte Ansicht ausgeht, so kann man nur zu dem Ergebniß kommen, daß sie ausdrücken, der Anefänger treibe die Sache auf die dritte Hand; das heißt, er mache — unter Ausschluß jeder anderen Vertheidigung (vrgl. SS. 53 ff.) — die Entscheidung des durch den Anefang eingeleiteten Eigenthumsstreites davon abhängig, daß der belangte Inhaber im Gewährschaftszuge einen Dritten herbeischaffe, in dessen Herrschaft (manus) die Sache sich befunden, von dem der Beklagte — mittelbar oder unmittelbar — sein Besizrecht ableite; und dessen Herrschaft über die Sache eine den Kläger ausschließende gewesen sei. So gelangt man auch — um das gleich hier vorweg zu nehmen — zu einer

---

[1]) Siegel ist übrigens dadurch nicht abgehalten, S. 46 f., die tertia manus in Lex Sal. 37 doch in Zöpfls Sinne zu deuten. Diese Zwiespältigkeit, die Zöpfl selbst vermieden hat, ist mit Recht von Sohm gerügt. Die tertia manus beider Titel sagt genau dasselbe.

[2]) Thévenin drückt sich allerdings ziemlich reservirt und unverständlich aus; auch ist nicht zu leugnen, daß das, was er über den Sinn von agramire per tert. m. (Lex. Sal. 37) sagt, doch eigentlich wohl erkennen läßt, daß er genau so wie Siegel über die Sache denkt. Möglich ist aber umgekehrt, daß ich Löning unrichtiger Weise zu den Anhängern der anderen Ansicht zähle. Das wenigstens steht fest, daß er über das „recipere" seitens des Gewährsmanns vollkommen richtige, mit jener Ansicht unvereinbare Vorstellungen hat.

Digitized by Google

image
not
available

kenne der, bei dem der Anefang erfolgt, auf welche Art er es erworben (hwanon hit hine — ad eum — kome)[1]), und verspreche in die Hand, d. h. mittelst Handschlags[2]), und seze Bürgschaft dafür, daß er den Gewährsmann da gestellen werde, wo die gerichtliche Verhandlung statt haben wird."[3]) Will., I. 21 (Vom Anefang von Thieren) überseze ich: „Wenn jemand solche Habe, d. h. eben Thiere, als gestohlen oder geraubt (embled, emblé)[4]) ansprechen (clamer = reclamare, vindicare), und sich weddehaft verpflichten (= duner gwage, wadium dare), auch durch Bürgschaft (plege, engl. pledge) zusichern sollte, daß er seinen Anspruch verfolgen werde, und verfolgen könne (a parsuivre son apel)[5]), dann (dunc = tunc; französ. donc) muß (estuvera = devra) der Inhaber seinen Gewährsmann (guarant, warens in Otto I c. 7, Mon. G., Legg., IV. 578) nennen, sofern er einen hat. — § 1. Und wenn er keinen hat, dann muß er seinen Heimelborg und (= das heißt) die Zeugen, welche er zu diesem Behufe gezogen, benennen.[6]) Und, sofern er sie wirklich hat, gestelle er sie (les ait) zur gesezlichen Zeit (a terme) an Gerichtsstatt (a jur = jour; ad solem collocandum?). Und — scil. darauf, und zwar in continenti — hat ihn der Anefänger durch Selbsechstereid (sei = soi-siste main) zum wedde-

---

[1]) Darunter ist der originäre Erwerb zweifellos mitbegriffen.

[2]) sylle on hand. Das sind die Worte, die Schm. irre geleitet haben. Ihm ist dann Jobbé (S. 77, bes. N. 6) gefolgt. — Das verb. syllan wird mehrfach in den ags. Gesezen in der von mir hier vorausgesezten Bedeutung gebraucht. Vrgl. Schmid, s. v.

[3]) Zwischen die erste und die zweite Erklärung fällt der Intertiationsact, den das Gesez mit Stillschweigen übergeht. Das wird uns Will., I. 21 lehren. Die Intertiation hat also auch nach ags. R., und noch zu Aðelreds Zeit (Anf. des XI. Jbrhs.) die Wirkung gehabt, die ich ihr für fränk. R. zuschreibe.

[4]) Vrgl. Jobbé, SS. 112–114.

[5]) Das Verpflichten zum parsuivre son apel und dessen Zusicherung durch Bürgschaft oder Pfand, vertritt die Stelle des Handanlegens, d. h. des alten Anefangs i. e. S.

[6]) Thorpe und Schmidt (S. 337, Note z. c. 21 § 1) erklären ms. Es. den Ausdruck unrichtig. Nach Jac. Grimm, Rechtsalterthr., S. 863, kommt in einer holländ. Quelle (Verhandelingen van het Genotschap te Groningen pro excolendo jure patrio, I. 389) das Wort heimaill vor. Grimm erklärt es — irre geführt durch ein Par rheinische Stellen, wie z. B. Günther, Codex diplomatic. Rheno-mosellan., Bd. III., Abth. I, No. 148, S. 248 (heimal) durch Hegemal, gehegtes Gericht. Das holländ. heimaill bedeutet unverkennbar Gerüft. Dies holländ. Wort ist aber muthmaßlich mit dem sonderbaren heimêl in dem engl. Geseze verwandt. Heimêlborg muß also das Zeugniß dafür sein, daß der Erwerb vorschriftsmäßig durch Ausruf proclamirt, also kein heimlicher ist. Vrgl. das Nähere in Anmk. III zu folgendem Paragraphen.

Digitized by Google

haften Gedinge zu zwingen (le mettrad en guage)[1]; und der andere — d. h. der belangte Inhaber — hat die Sache (le, scil. vif aveir) der Hand seines Gewährsmannes zu übergeben[2], oder den Nachweis der Heimelborg zu versprechen, je nachdem das eine oder das andere ihm möglich ist. Wenn er — der belangte Inhaber — sich nicht auf einen Gewährsmann stüzen kann, wohl aber Zeugen dafür haben sollte[3], daß er das Thier in der Marktstad des Königs gekauft habe, den Gewährsmann aber nicht kenne, den er stellen solle[4], dann hat er und seine Zeugen diese Versicherung durch juramentum planum[5] zu beschwören. Dann (si) soll er (zwar) des streitigen Thieres verlustig gehn, sofern nur seine Zeugen bekunden, daß er sich wegen seines Erwerbes Heimelborg verschafft hat (qui'il heimelborch en prist); aber er bleibt bußfrei (und hat in Folge dessen auch nicht für den zufälligen Schaden aufzukommen, der das Thier etwa seit der Fortschaffung aus den Ge-

---

[1]) Dieser Selbsechstereid, über den Gerädn., c. 8 (Schmid, S 362) nähere Auskunft giebt, entspricht dem Intertiationseide in Lex Rib., 33. 1. Das „mettre en gage", wovon der Saz spricht, ist also der Intertiationsact im echten Sinne.

[2]) Das „mettre en la main sun guarant" (= de son gar.) ist nicht so zu verstehn, als ob hier schon vom Aushändigen der Sache an den Gewährsmann gesprochen würde, sondern es handelt sich um das Versprechen, die Sache an den rechten Gewährsmann zu ziehn, und diesem dann die Sache zu „geweldigen" und die Vertretung im Processe zu übertragen. Dies Versprechen geschieht nach Gerädnes, c. 8 ebenso wie nach Lex Rib., 33. 1 durch Eineid. Später scheint indeß der Eid durch Pfand und Bürgschaft ersezt zu sein — vrgl. Aðlr. II. 8 pr. u. 9 § 1 —; daher erklärt sich vermuthlich, daß unsere Stelle hier gar nicht von einem Eide redet.

[3]) Die richtige, von Schmid aber grade zurückgewiesene Lesart ist: „E s'il n'ad guarant, e il ait les lestimonies" u. s. w.

[4]) Auch hier scheint mir die von Schmid adoptirte Lesart die falsche und dagegen die von ihm zurückgewiesene: „sun guarant en le plege" die richtige. Le plege ist kurze Bezeichnung der Verpflichtung, welche dem Bekl. durch das mettre en gage auferlegt ist. Die unmittelbar hinter plege folgenden Worte „vif ne mort", welche ich in der Übersezung ausgelaßen habe, sind formelhaft. Sie sollen nur sagen, daß Bekl. weder einen Toten, noch einen Lebenden als seinen Gewährsmann bezeichnen könne.

[5]) od ses testimonies od plein serment. Daß die Praeposition od das latein. ad ist, macht Will., I. 48 zweifellos. Plan. sacram. heißt der Eid, bei dem der Schwörende seine Helfer nach freiem Ermeßen wählt. Vrgl. Michelsen. Die Genesis d. Jury (Leipzig 1847. 8°), SS 169—172. Außerdem — und darauf grade kommt es hier an — war es eine Eigenthümlichkeit des jurament. plan., im Gegens. z. jurament frangens oder fractum, daß es nicht gestabt werden durfte. Daraus folgt, daß es mit sehr bedeutender Vare verbunden war. Vrgl. Brunner, Schwurgericht, S. 185, N. 1 u. S. 398, bes. N. 4 (gegen Michelsen, a. a. O., SS. 172—176).

Digitized by Google

image
not
available

außer Besiz gesezt (l'averad derehdned. l' = le geht hier auf den deponirenden Inhaber). Denn nachdem dem Anefänger (lui) ein Mal dieser Beweis (le serment)[1]) zuerkannt (juged) ist, kann ihn der Angeschuldigte (l'om, d. h. wider l'homme mié) dieses Beweises durch das Urtheil eines englischen Gerichts (par le jugement de Engleterre) nicht mehr entheben" (l'en ne pot lever); d. h. er kann ihm den Beweis nicht mehr verlegen. Mit anderen Worten, wenn der Beklagte nicht wollte, daß der Anefänger unmittelbar auf Grund der Intertiation zum Beweise originären Eigenthumserwerbes kam, hätte er ihm diese Möglichkeit durch Gewährschaftszug abschneiden müßen. Das — wovon ja § 1 ausführlich handelt — ist versäumt, und deshalb der Anefänger zu diesem Beweise verstattet, der alles mit eins erledigt. Allem Anscheine nach hängt damit die Übergabe der Streitsache an eine Welahand zusammen. Es ist so gut wie ausschließlich der Schluß der langen Stelle, der hier von Belang ist[2]): und diesen kann ich auf keine andere Weise verstehn, als daß das dänische Recht von den übrigen in England vertretenen germanischen Rechten dahin abweicht, daß es — vielleicht sogar nur unter ganz bestimmten Bedingungen — die Sequestration bei der Anefangsklage zuläßt. Da aber auch sonst die Sequestration geanefangter Sachen nur bei den Skandinawiern nachweisbar ist, so kann ich aus der Stelle den von Schmid gezogenen allgemeinen Schluß nicht allein nicht gelten laßen, sondern muß im Gegentheil behaupten, daß sie ihm widerspricht.

Der formale Ritus des Intertiationsacts besteht nach Lex Rib., 33. 1 darin, daß der Anefänger einen feierlichen Eid[3]) leistet, daß es sein Eigenthum (propria res) sei, was er geanefangt habe (in quam manum mittat)[4]). Beim Schwure selbst hatte der

[1]) Der Beweis wird gradezu „serment" genannt, weil die Zeugen wesentlich nur Eideshelfer des Zeugenführers sind.

[2]) Schon in § 1 — mit Schmid — den Sequester finden zu wollen, ist reine Unmöglichkeit, wie meine zuverläßige Übersezung zeigt.

[3]) Cum dextra armata. Daß dieser Ausdruck, der häufig in langobard. Gesezen begegnet, und der Thévenins Phantasie (unterstüzt vielleicht von Siegel, Gerichtsvf. I. 176 f.) etwas zu sehr erwärmt hat, im wesentlichen nichts weiter besagt, als dies, zeigt Siegel, a. a. O., SS. 228—230.

[4]) Der Eid ist, wie gesagt, im späteren französ. und deutsch. Recht fortgefallen. Vrgl. Jobbé, S. 115 f. und Planck, S. 833. Nachweislich ist er aber auch dort anfänglich üblich gewesen, nur daß seine Faßung, dem veränderten Charakter der Klage entsprechend, eine wesentlich possesorische geworden war. Vrgl. Planck, S. 832. In England hat sich der Intertiationseid anscheinend länger erhalten, wie in Deutschland und Frankreich; ausweislich der Gerädnes,

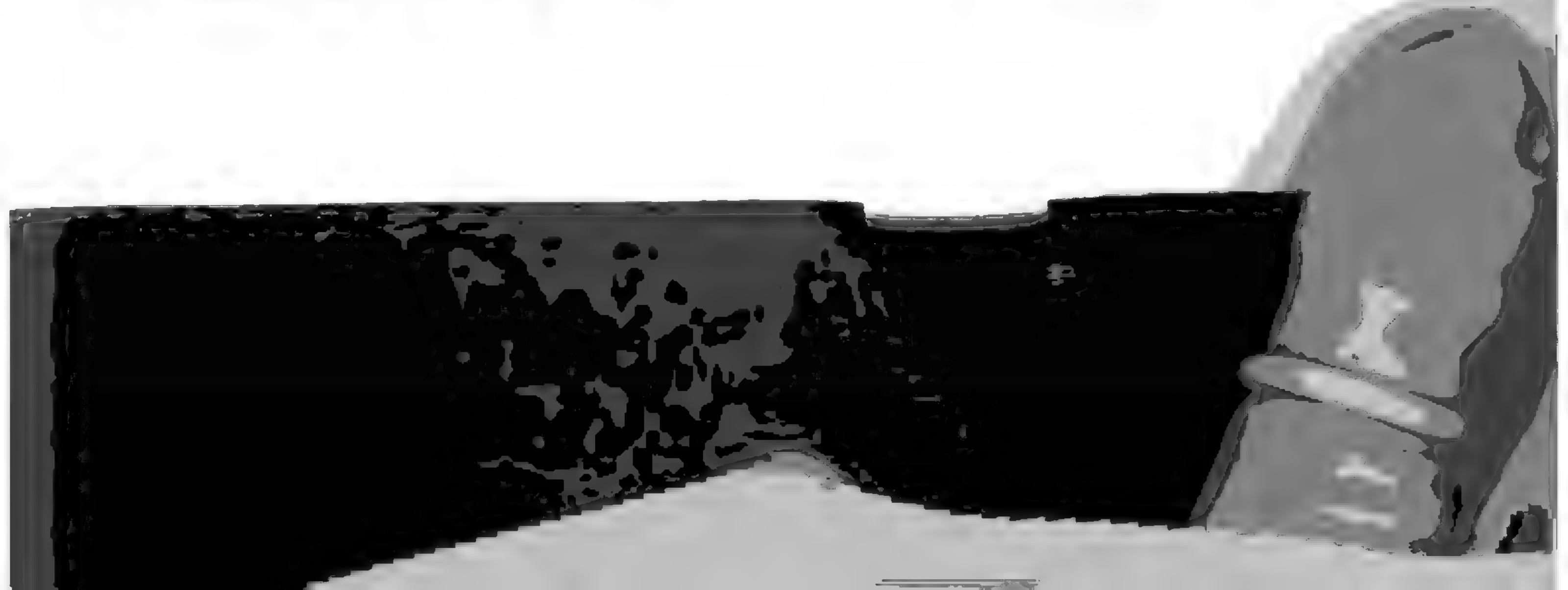
Digitized by Google

Intertiant (nach derselben fränk. Gesezesstelle) die geanefangte Sache mit der Linken zu ergreifen. Diese leztere Formvorschrift hat ms. Es. aber keinen materiel rechtlichen Sinn und Zweck, sondern ausschließlich processualen. Es soll dadurch nur in absolut unwidersprechlicher Weise festgehalten werden, daß keine andere Sache, wie grade die angefaßte den Gegenstand des Rechtsstreites bildet.

Nach der also erfolgten Intertiation hat der belangte Inhaber — unserer fränk. Rechtsquelle zufolge — ebenfalls einen feierlichen Eineid unter Ergreifung des Streitobjects mit der Linken zu schwören, wodurch er gelobt, die Sache an den richtigen Gewährsmann zu ziehn („quod ad eam manum trahat, quae ei ipsam rem dedit"). Derselbe Eid findet sich auch Gerädn., c. 8, und wird dort ausdrücklich auch als Eineid bezeichnet. Ebenso hat ihn (nach Planck, S. 833) das spätere sächsische Schöffenrecht beibehalten und zwar gleichfalls als Eineid. Daraus und aus der Thatsache, daß der Intertiationseid, da, wo er sich im späteren sächs. Schöffenrecht erhalten hat, ebenfalls Eineid ist, schöpfe ich die Vermuthung, daß auch bei den Angelsachsen ursprünglich der Intertiationseid Eineid gewesen, und weiter, daß die Darstellung der Lex Rib., 33. 1 für das alte Germanenrecht als allgemeingiltig zu betrachten ist. Ob das „mettre en la main sun guarant u a sun heimelborch" in Will., I. 21, 1 ebenfalls cautio juratoria, oder nur cautio realis umfaßt, läßt der Wortlaut unentschieden. Sollte in Äðlr., II. 8 pr. mit „syllan on hand" nur der einfache Handschlag gemeint sein, was mir unzweifelhaft ist, so wäre erwiesen, daß der Eid an dieser Stelle beseitigt ist; soll die Phrase dagegen eidliches Angeloben besagen, so müßte angenommen werden, daß er auch noch in Will., I. 21, 1 neben der Realsicherheit durch Faustpfand und Bürgschaft[1]), seine Rolle spielt. Es ließe sich dann aber nur an den Eineid denken. Das altfranzös. Recht kennt den Eid hier nicht mehr, sondern hilft lediglich durch Realcaution. Leztere ist auch dem ältesten Rechte schon neben dem Eide be-

c. 8 (Schmid, S. 362) — und auch Will. I. 21 pr. — ist er aber auch dort später wesentlich possessorisch normirt. Wie jene Geseze weiter zeigen, hat man aber sich in England nicht des feierlichen Eineides bei der Intertiation bedient, sondern einen Selbsechster- (nicht, wie Jobbé, S. 77, N. 4, behauptet, Selbsiebenter-) Eid verlangt.

[1]) underwed and inborh in Gerädn., c. 8. inborh, eine Wortbildung, zu der sich zahlreiche Analogien anführen ließen, ist ein kurzer Ausdruck für inländische Bürgschaft. Der Wäle braucht nur Bürgschaft in seinem Vaterlande, der Wessexer nur in Wessex anzunehmen.



kannt; sie kommt aber erst bei der Agramition zur Sprache. Davon im folgenden Paragraphen.

Über die Folgen der Verweigerung des Eides (oder der Realcaution) seitens des Klägers wie seitens des Beklagten schweigen die alten Geseze. Es ist indeß unbedenklich, diese Lücke auszufüllen durch Aufstellung des Grundsazes, daß dadurch bußfällige Sachfälligkeit herbeigeführt ist. Ebenso versteht sich von selbst, daß die Caution eine „gehörige" (idonea) sein muß; und daß rechtskräftig angefochtene cautio non idonea, sei sie eidliche oder reale, als gar keine Caution zu betrachten ist.

Fragen wir nun noch zum Schluß, und zugleich zur lezten Bestätigung meiner Theorie von der Wirkung der Intertiation, welcher Natur die beiden Eide sind, die die Parteien zu leisten haben? Planck antwortet darauf (S. 833): „Es ist klar, daß beide Eide, auch der des Klägers nur gegen Gefährde schüzen, nicht Beweis in der Hauptsache liefern sollen." [1]) Dem muß rücksichtlich des Eides, welchen der belangte Inhaber leistet, unbedingt zugestimmt werden; dieser ist in der That ein promissorischer Gefährdeeid. Nach Lex Rib., 33. 2 hat der intertiirte Inhaber, der doch bereits jenen feierlichen Eid geleistet hat, an geweihter Stätte (in harao) [2]) widerholt selbsiebent zu beschwören, daß der von ihm benannte und rite vorgeladene Gewährsmann sein **wirklicher** Gewährsmann sei, sofern derselbe die an ihn ergangene Ladung nicht respectirt. Der erste Eid wird also nicht als assertorischer Beweiseid, sondern lediglich als Gefährdeeid behandelt, als welchen ihn auch die sonstigen Cautionsmaßregeln charakterisiren, die ihn umgeben. [3]) Vielleicht ist es aber auch selbst bei diesem Eide dem eigentlichen Grundgedanken des alten Rechts nicht entsprechend, ihn so ganz und gar in die Kategorie Gefährdeeid zu verweisen. Im Sinne des alten Rechts steckt darin auch ein starkes promissorisch ververpflichtendes Element. Nach der eben erwähnten, höchst merkwürdigen Stelle der Lex Ribuaria kommt der Beklagte mit jenem Selbsiebentereide noch nicht davon, sondern er hat sein Versprechen

---

[1]) Daß Sohm (Process, S. 74) aus dem Intertiationseide eine bloße Solennität macht, welche den „Formalact" des Anefangs zum Abschluß bringt, mag hier anmerkungsweis erwähnt, und wird implicite durch die Ausführungen im Texte mit widerlegt werden.

[2]) Vrgl. über diesen Ausdruck Anmk. II zu § 3 dies. Kaps.

[3]) Poincaré freilich macht daraus (S. 40) einen reinen Beweiseid; seine Darstellung emancipirt sich aber auch in bedenklichster Weise von den Quellen

Digitized by Google

gesezlicher Frist[1]) den
überführten Schuldigen
itläufigkeit halber, und
etymologischen Begriff
it hier nachweisen, son-
raphen.

iationseides passt aber
nomalen Rechtssysteme,
:hen „sich selbdritt zur
; und selbst für diese
llständig — zu, sofern
richtig ist, daß nach
zu Ungunsten des Be-
rsmann das recipere ab-
den Intertiationseid als
Das beweist schon die
ia, die grade den Fall
eranlaßung für die Ein-
veises anstatt der Inter-
ler durch seine Contumaz
Anefänger als Eigen-
humsbeweis erforderlich
lagten gegenüber durch
liefert ist. Wo möglich
aus Lex Sal. 47. 2, der
ui non venerit . . . erit
ler Intertiationseid nach
Charakter hatte, dann
haber nur den Gewähr-
en Erwerbes übrig laßen.
keinen Nachbeweis des
ationseide, und betrachtet
rischen Beweiseid. Die
ites, wovon Will. I. 21. 2
acht. Wie schon Bruns
genthümlichkeit des ger-
änisch. Intertiationseides,

rt Siegel (a. a. O., S. 257 f.)
Gewährsmann nochmals vor-
e Bekl. den Selbsiebentereid
obbé, S. 62, N. 1.

daß er keine sachliche Substanziirung des praetendirten Rechts enthält, sondern nach dieser Richtung hin wie ein Selbsturtheil lautet. In dem besonderen Falle der dänischen Sequestration wird aber nachträglich wirklich auf die specielle Erwerbsart eingegangen. Kläger führt nachträglich den Beweis ursprünglichen Erwerbes, und schneidet damit das langwierige Dritthandsverfahren ab.[1]) Es handelt sich also auch hier nicht um nachträgliche Certification der ersten Behauptung.

Anmerkung I.

Der Saz aus Lex Rib., 33. 2, dessen Interpretation dieser Anmerkung vorbehalten ist, lautet: „Sic ei — dem belangten Inhaber, dessen Gewährsmann ausgeblieben ist — placitum . . . . detur, ut de cinu werduinia sua in praesentia testibus (testium) recipiat, et ei qui rem suam intertiaverit probabiliter ostendat."

Das Verständniß der Stelle ist in erster Linie bedingt durch das Verständniß des Ausdrucks kînu-werdunja; eine Schreibweise, welche die Folge rechtfertigen wird.

Jac. Grimm hat (Vorrede, S. LXXXVII f.) den Ausdruck als ein Wort behandelt, und gemeint, der eigentliche Wortbegriff stecke in werdunja; kînu sei nur ein der Erhöhung dieses Begriffs dienendes Praefix.[2]) Daß das jedoch unrichtig ist, lehrt schon der äußerliche Umstand, daß überall in der Lex Ribuaria (33. 2; 72. 3, 6 u. 7), der einzigen Quelle, der wir überhaupt die Kenntniß des Ausdrucks verdanken, das vermeintliche Praefix als selbständiges, in sich abgeschloßenes Wort geschrieben ist. Beide Wörter sind aber auch wirklich Hauptwörter von ganz verschiedenem Begriffsinhalt. kînu (femin.), verwandt mit dem ahd. fem. qinô, altsächs.

[1]) Ich vermuthe Zusammenhang der dänischen Sequestration mit diesem Beweise. Daß beide Thatsachen in Will., I. 21, 2 in einem syntaktisch ungetrenntem Saze referirt werden, spricht entschieden dafür; und es läßt sich wohl annehmen, daß der Kläger die Sequestration fordern konnte, weil er sich verpflichtend erbot, den Entscheid herbeizuführen durch den Beweis, daß die Sache nicht bloß — wie er bei der Intertiation beschworen — aus seinen Geweren dieblich entwand (emblé) sei, sondern überdies sein auf ursprüngliche Art erworbenes Eigenthum, sein Wela (Fahrhabe).

[2]) Siegel (Gerichtsverf. I. 254 f.) und (im Anschluß an ihn) Sohm (Process. S. 109, N. 30 u. Mon. G., Legg. V. 227, N. 52) und Löning (S. 106, N. 8) haben dann auf kînu gar keinen sprachlichen Werth mehr gelegt, obwohl sie sonst — mit Recht — Grimms Etymologie zurückweisen.

Digitized by Google

quena (engl. queen), mulier [1]), bedeutet im Ags. (nach Leo, Glossar, S. 286, Z. 13) Spalte, Riß; werdunja aber, das Siegel und seine genannten Anhänger, eine von Grimm verworfene, ältere Ansicht wider aufnehmend, als Werth, pretium deuten, würde ahd. vollständig widarunga (femin.) (werdunga, werdunja ist verstellt aus wedrunga, wedrunja) lauten, und bedeutet Widersezung, Widerstand. Sachssp. II. 36, 8 spricht bekanntlich von einem „Burst", d. h. einem Riß „am Geweren". Ähnlich haben die ribuar. Franken es als Spalte, Riß oder Burst, d. h. als kînu bezeichnet, wenn dem Erwerber das erworbene Gut evincirt wurde. Das zu verhindern war der Gewährsmann verpflichtet; er hatte, wie die ribuar. Franken sagten „kînu-werdunja" zu leisten; und wenn er das nicht that, hatte er Ersaz-Buße zu zahlen. Wie die Franken aber immer der Buße den Namen geben, womit die zu büßende — hier wegen Unterlaßung zu büßende — Handlung selbst bezeichnet war [2]), so nannten sie auch hier gradezu die Buße kînu-werdunja. [3])

Eben diese Buße soll nun der belangte Inhaber nach Lex Rib., 33. 2 auf Grund der stattgehabten Eviction vom Gewährsmann einklagen, und dadurch nachträglich die Evidenz liefern, daß er wirklich der rechte Gewährsmann ist. [4]) Es wird ihm auch zur Pflicht gemacht, dies „vor Zeugen", d. h. so zu thun, daß er dem Anefänger den Zeugenbeweis dafür schafft. Kommt er diesen Verpflichtungen nicht nach, so haftet er diesem noch nachträglich wie ein Dieb. [5])

[1]) Daher „cinitus", Lex Sal., 30. 1. Schimpfname eines Mannes, der der Paederastie gedient hat.

[2]) Das habe ich bereits SS. 28 ff. an der Dilatur gezeigt. Ein anderes schlagendes Beispiel liefert die texaka, taxaga, latein. furtum, die ja auch in Lex Rib., 33. 2 erwähnt wird. Ich kann Zeumer, Index rer. et verbor. z. Lex Rib. u. Lex Chamavor., s. v., nicht zugeben, daß texaca an den von ihm bezeichneten Stellen der Lex Rib. Diebstahl, und nicht vielmehr Diebstahlsbuße bedeute; ms. Es. kommt das Wort immer in beiden fränk. Gesezbüchern in der lezteren Bedeutung vor. Etymologisch ist das Wort sofort erklärt, sobald man têk-saka (Wegnahme - Rechtstreit; ags. takan) schreibt.

[3]) Dem fränk. Recht ist die poena dupli als Buße für Nichtverhinderung der Eviction, die nach Löning, S. 156, pangermanisch sein soll, ganz fremd. Dagegen auch Jobbé, S. 67, N. 1.

[4]) So auch Sohm (Process, S. 109 f.) und Jobbé (S. 62, N. 1).

[5]) Ich wenigstens kann die Worte des Gesezes nicht anders verstehn, und halte diese Feststellung für vollkommen ausreichend, die weiteren casuistischen Spaltungen des Falles, die Jobbé (a. a. O.) vornimmt, für völlig überflüßig.

Eigenthümlich ist übrigens die Bezeichnung des jactiven Gewährsmannes am Schluße von Lex Rib., 33. 2 als „is qui solvere coepit". Es geht das auf die Zahlung eben der K.-w., die als sofort im Gericht geschehn gedacht wird.

Mit vorstehender Erklärung des Ausdrucks kînu-werdunja sind Lex Rib., 72. 6. u. 7 sofort im Einklange, sobald man annimmt, daß dort nicht unbedingt, sondern nur für den Fall der Eviction dem Gewährsmann die kînu-werdunja auferlegt wird. Dann entscheiden jene beiden Paragraphen auch den Streit, ob die kînu-werdunja bestehe im Kaufpreise, welchen der Evincirte gezahlt hat, oder im Werthe der Sache zur Zeit der erfolgten Eviction [1]), unbedingt für die leztere Ansicht. Namentlich entscheidend spricht dafür § 6. Das Thier ist nach der Intertiation, aber vor erfolgter Eviction gestorben, und dennoch ist die leztere Thatsache für die Höhe der kînu-werdunja entscheidend.

Nicht in Einklang mit meiner Erklärung der kînu-werdunja ist Lex Rib., 72. 3 zu bringen, so lange man den sohmschen Text beibehält. Dieser ist aber corrupt, und die Variante: „Si autem eum quis interfecerit" u. s. w. allein richtig. Der intertiirte Sklave ist von einem Dritten, nicht — wie nach Sohms Text — vom Beklagten selbst, getötet. Lezterer ist damit außer Stand gesezt, auf den Gewährsmann abzuwälzen. Es ist ihm aber die formale Möglichkeit gewährt, seine eigene Unschuld an der Tötung zu constatiren [2]); und das sichert ihm das Recht, auf den Töter anstatt seines Gewährsmanns zurückzugreifen. Der Töter aber hat unbedingt den Rechtshandel zu übernehmen wie ein sachfälliger Gewährsmann. Es tritt somit unbedingt Eviction ein; und er hat natürlich auch kînu-werdunja zu zahlen.

§ 3.
Die Agramition.

Das präparatorische Verfahren des Anefangsprocesses schließt nach Lex Sal., 37 u. 47. 1 mit dem Acte der Agramition ab. [3])

---

[1]) Leztere Ansicht, für die auch der Name K.-w., sowie die Thatsache spricht, daß dabei gar nicht gefragt wird, ob der Evincirte titulo lucrativo oder oneroso erworben, ist von Siegel (a. a. O., S. 254 f.) aufgestellt, und von Pertile (S. 241, N. 9 a E.) adoptirt. Die erstere Ansicht dagegen hat Sohm (Process, S. 109, N. 30) im Widerspruch gegen Siegel aufgestellt, und ihm sind beigetreten Löning (S. 106 f., N. 8 — vollkommen in Übereinstimmung mit seiner Ansicht betr. d. poena dupli), Vecchio (S. 274), Jobbé (S. 62, N. 1 und — in hohem Grade widerspruchsvoll und die Ansicht selbst widerlegend — S. 66 f., N. 2) und Poincare (S. 43). Bemerkt sei auch noch, daß für Siegel Rothar. 231 spricht.

[2]) Darauf komme ich an anderer Stelle zurück.

[3]) Tit. 47. 2 ist natürlich die Darstellung der Fortsezung des Verfahrens

Google

Was haben wir nun unter agramiren zu verstehn?

Diese Frage ist von den Gelehrten in so verschiedener Weise beantwortet, daß man beim ersten Überblicken der einschlägigen Literatur sogar an einer Classification der verschiedenen Ansichten verzweifeln, und sich mit dem einfachen „so viel Köpfe, so viel Sinne" begnügen möchte. Wohl oder übel muß jedoch nachstehends eine Classificirung versucht werden, weil sonst der kritische Literaturbericht eine übermäßige Ausdehnung annehmen würde.

Abgesehn von Pertile, der sich mit der für langobardisches und italienisches Recht interesselosen Frage überhaupt nicht befaßt hat; und abgesehn ferner von Kern, der (bei Hessels, Lex Sal. 486 f. § 118) auf rein etymologischem Wege in das verb. agramire den vollkommen unmöglichen Sinn von ätfôn, anefangen, hineinbringen will[1]), laßen sich die verlautbarten Ansichten im großen Ganzen in folgende drei Gruppen theilen.

1. Bruns bezeichnet gelegentlich (Besitz, S. 287) vindicare in dem weiteren Sinne, welchen z. B. Capit. Salis. II. 1 und andere germanische, namentlich langobard. Quellen mit diesem Ausdrucke verbinden, als das latein. Synonymon des fränkisch. achramjam, latinisirt agramire.[2]) Wesentlich dieselbe Bedeutung mißt auch Waitz (D. alte Recht d. salisch. Franken, S. 156, N. 1 u. S. 159, N. 1[3]) dem Worte bei, nur daß er — veranlaßt, durch den von Pardessus und Guérard urgirten späteren Sprachgebrauch — das vindicare in ein „feierliches Behaupten seines Rechtes auf die Sache" umsezt. Gleicher Meinung ist noch heute Jobbé (S. 32, bes. N. 2), der auch das unbestimmte „feierliche" behaupten ganz präcis als eidliches behaupten, schwören bezeichnet.

Die Unmöglichkeit dieser Auffaßung beweist die in Lex Sal., 37

---

von Tit. 47 1. Wir werden uns aber überzeugen, daß § 2 keineswegs auch das Verfahren zur Darstellung bringt, was nach der Agramition auf Grund rechtzeitig geglückter Spurfolge stattfindet. Die spärlichen Andeutungen, welche die Lex Salica über diesen Punkt giebt, enthält vielmehr der lezte Saz von Tit. 37. Auch von hieraus zeigt sich also die schon früher (S. 52, N. 1) zurückgewiesene thévenin-thonissensche Theorie über das gegenseitige Verhältniß von Lex Sal., 37 und 47 vollkommen verfehlt.

[1]) Auf den ersten Blick gleich erkennt man mit voller Sicherheit die absolute Unmöglichkeit dieser Deutung aus der Phrase per tertia manu agramire, von der sofort die Rede sein wird.

[2]) Homeyer hat (Richtst., S. 492) diese Ansicht ohne weitere kritische Prüfung sich angeeignet.

[3]) Beide Auseinandersezungen quadriren nicht gehörig, und leiden auch sonst an großer Unklarheit. Das muß jedoch hier auf sich beruhen bleiben.

gebrauchte Phrase „per tertia manu" agramire. Bruns hat sich um diese gar nicht gekümmert; Waitz ist dagegen durch sie ganz und gar verhindert, zu klarer Einsicht in die Frage zu kommen. Jobbé hat sich die Sache dadurch erleichtert, daß er ohne viele Umstände die Phrase als „selbdritt beschwören" gedeutet hat.[1]) Das geht aber doch beim besten Willen nicht an. Wir haben (SS. 100—102) gesehn, daß tertia manus der technische Ausdruck der beiden altfränk. Gesezbücher für auctor, Gewährsmann ist, und können hier nicht beliebig von dieser Erkenntniß absehn. Wir haben uns ferner (S. 100 u. 107) davon überzeugt, daß der Selbdrittereid, der hier allein in Betracht kommen könnte, erst nach Beseitigung der alten Intertiation eingeführt ist. Das agramire per tert. m. der Lex Salica kann also nur eins von zweien besagen: durch den Gewährschaftszug, oder für diesen agramiren. Ersteres ist unmöglich, weil der Gewährschaftszug nicht Sache des Anefängers, sondern des Inhabers ist[2]); es bleibt also nur die Bedeutung für den Gewährschaftszug agramiren übrig. Daß damit aber unvereinbar ist agramire als vindicare zu deuten, ist evident.

2. Auf Grund der Etymologie, welche Jac. Grimm (leztinstanzlich, Vorrede, S. VII) und Müllenhoff (bei Waitz, a. a. O., S. 226) gegeben, ist Siegel (Gerichtsverf., I. 44 f.) zu dem Ergebniß gekommen, agramire bedeute in der Lex Salica, abweichend von späteren Anwendungen des Worts[3]), festmachen, festnehmen, festhalten. Diese Erklärung hat indeß später — in Folge einer Emendirung der grimmsch. und müllenhoffschen Etymologie durch Scherrer (a. a. O.[4]) — eine Nüancirung durch Thévenin (SS. 14—16) erfahren. Danach bedeutet agramire in der Lex Salica, an sich ziehn, und insbesondere per tertia manu agramire provisorisch

[1]) Zu demselben Endziele gelangt schließlich auch Poincaré, S. 35 f., auf einer wunderbaren Fahrt, die recht deutlich zeigt, daß ihm jeder Compass in dieser Frage fehlt.

[2]) Damit erledigt sich auch die Erklärung von Scherrer, a. a. O., SS. 267—69, so weit sie rein sachlich ist. Sch. hat den Sinn des Tit. 37 theilweis vollständig verdrehen müßen, um seine gekünstelte Erklärung „gemäß dem Dritthandsverfahren an sich nehmen, d. h. vindiciren", durchführen zu können. Dagegen ist auch bereits in der Literatur Widerspruch erhoben, während andererseits ihm Vecchio (S. 237, N. 2 a. E.) beigetreten ist.

[3]) Vrgl. über diese Siegel, a. a. O., S. 220 f.

[4]) Scherrers neue Etymologie steht ms. Es. der alten beiweitem nach. Die S. 268, N. 3 urgirten Thatsachen sind etymologisch ganz unerheblich; entscheidend gegen ihn und für Müllenhoff und Grimm spricht die Nebenform adframire, engl. to frame. Weitere bedeutende Beiträge zur Unterstüzung der beiden älteren Sprachforscher finden sich bei Löning, SS. 34—36, N. 6.

an sich ziehn mit der Verpflichtung die Sache dem Dritthandsverfahren zu überlaßen. Siegels Erklärung ist z. Thl. richtig.[1]) Vorläufig will ich hier aber nur darauf aufmerksam machen, daß sie die Möglichkeit der Agramition durch den belangten Inhaber, also grade den Agramitionsfall, welchen die Lex Salica als Regel behandelt, offen läßt. Festhalten kann ja auch der, welcher die festzuhaltende Sache schon hat. Grade in diesem Punkte aber verdirbt Thévenin Siegels Werk; denn an sich ziehn, Besiz ergreifen, kann nur der, der es noch nicht gethan hat; also höchstens der per tertia manu agramirende Anefänger. Der siegelschen wie der théveninschen Formulirung dieser zweiten Ansicht steht aber gemeinsam[2]) das weitere Bedenken entgegen, daß sie die Sache nicht erschöpfen. Wie schon Pardessus (Loi Salique, S. 616) und Guérard (Journal des Savants, 1844, S. 217, bei Besprechung der allegirten Stelle im pardessuschen Werke) und Zöpfl (Ewa Chamavor., S. 73 f.[3]) constatirt haben, ist die Agramition der späteren Rechtssprache eine mittelst der fistuca vollzogene Gelöbnißform[4]), die sich der römischen stipulatio vergleicht, und es liegt nicht nur kein Hinderniß vor, der Agramition der Lex Salica auch diese Eigenschaft beizulegen — denn warum könnte das Festhalten nicht durch formgerechtes Festhaltungsgelöbniß eingeleitet werden? — sondern die Continuität der Entwicklung der Rechtssprache zwingt gradezu schon für die alte Agramition formalen Stipulationscharakter vorauszusezen.

---

[1]) Freilich aber nicht im eigenen Sinne Siegels, der sich das Festhalten stets als klägerische Handlung, d. h. als Beschlagnahme denkt. Die Beschlagnahme jedoch, die er im Auge hat, geschieht durch den Anefang, während wir es hier mit einem dritten Processact nach Anefang und Intertiation zu thun haben, den regelmäßig grade der Bekl. vorzunehmen hat. — Daß Thévenin an die Stelle des siegelschen Festhaltens das provisor. an sich ziehn, an sich nehmen, gesezt, und damit das Possessorium der alten Mobiliarvindication aufgedeckt hat, würde einen entschiedenen Fortschritt in der Theorie bedeuten, wenn die Annahme bei ihm nicht bloße Hypothese wäre, die sich auf reine petitio principii betreffend des Wortsinns von agramire gründet.

[2]) Siegel läßt den folgends zu erwähnenden Gesichtspunkt bloß für das alte Recht, die Lex Salica nicht gelten; Thévenin bestreitet ihn dagegen principiel auch für das spätere Recht.

[3]) Vrgl. ferner, RG., a. a. O., S. 159, sowie Brunner, Zeugen- und Inquisitionsbeweis, S. 38, bes. N. 3.

[4]) Vergeblich sucht das Thévenin hinweg zu disputiren. Vrgl. Anm. I zu diesem Paragraphen. Die hier in Betracht kommenden Diplome und Formeln findet der Leser sämtlich bei Thévenin, SS. 23—28. Das erste hierher gehörige Beispiel ist ein Placitum von 691 (Mon. G., Dipll., I. 53, Nr. 59).

3. Sohm endlich hat sich bei Aufhellung des Begriffs agramire (Process, SS. 77—80; Eheschließung, SS. 34—38) ausschließlich an die jüngeren Quellen gehalten, und das auch (Process, S. 85) Siegel gegenüber zu rechtfertigen gesucht. Er kommt demnach zu dem Ergebniß, die Lex Salica meine Tit. 37 u. 47. 1 mit agramire genau dasselbe, und nur dasselbe, was sie sonst (Tit. 50; 52; 56. 1; 57. 2) constant durch „fidem facere“ ausdrückt.[1]) Ja wie kommt es dann aber — eine Frage, die Sohm ganz unberührt gelaßen hat — daß grade an jenen beiden Stellen das verb. agramire gewählt, und der Ausdruck fidem facere vermieden ist? Wer die salfränk. Lex antiqua kennt, wird mir zugeben, daß ihr nachläßiger Wechsel in der Terminologie nicht vorzuwerfen ist, sondern daß sie für ein und dieselbe Sache auch immer wider dieselbe Bezeichnung wählt. Wenn also die bezeichneten beiden Titel nicht von fidem facere, sondern von agramire reden, so ist das ein Beweis dafür, daß beide verschieden sind. Und die Verschiedenheit liegt darin, daß in Tit. 37 u. 47. 1 nicht bloß vom fidem facere die Rede ist, wie Sohm will, sondern auch von der Agramition in Siegels Sinne. Sohm und der von ihm bekämpfte Siegel haben jeder eben nur eine Hälfte der alten Agramition ins Auge gefaßt; das wirkliche Ganze gewinnt man erst, wenn man das von Siegel Beobachtete mit dem von Sohm Beobachteten organisch verbindet. Der spätere Sprachgebrauch läßt sich dann auch noch viel besser verstehn.

Wir haben oben (S. 87, N. 1) gesehn, daß die späteren lateinischen Quellen in Deutschland anefangen durch occupare, arrestare u. s. w. ausdrücken. Andererseits weist Jobbé (S. 41 f., bes. S. 42, N. 1) nach, daß die gleichzeitigen französ. Quellen für intertiare arrêter, saisir sagen. Diese Beschlagnahme, behaupte ich, ist der Gegenstand der Stipulation, womit das präparatorische Anefangsverfahren schließt. Und sie, behaupte ich ferner, ist der Grund, weshalb

[1]) Die Ansicht hat v. Bethmann-Hollweg, S. 483, adoptirt. Beiläufig bemerkt, nimmt Sohm auch an, der belangte Inhaber bleibe stets im Besiz der Sache. Das hat dann zu einer Erklärung der Agramitionspflicht des Anefängers in Lex Sal., 37 gezwungen (Process, S. 85 f.), die processual wirklich recht seltsam ist. Nach Schmid (S. 661, s. v. teâm) würde allerdings das ags. Recht dazu ein — sonst wohl nicht leicht aufzufindendes — Seitenstück liefern. Indeß nach ags. Recht verpflichtet sich der Kläger keineswegs dem Beklagten gegenüber, den Process fortzusezen, sondern er leistet reale und juratorische Caution für die Rechtmäßigkeit seines Anspruchs; und zwar geschieht das, um den Inhaber zum Gewährschaftszuge zu zwingen, während Lex Sal., 37 davon spricht, daß der Inhaber grade den Gewährschaftszug für sich beansprucht, und deshalb verlangt, daß Klr. dies nicht hindere.

Digitized by Google

Lex Sal., 37 u. 47. 1 den Ausdruck fidem facere vermieden, und anstatt dessen agramire gebraucht hat. Das fidem facere der Agramition im alten Sinne ist alle Mal mit einem augenblicklichen Wechsel im Besiz oder in der rechtlichen Natur des Besizes verbunden. Agramirt der Inhaber, so besizt er die Streitsache bis zum Austrage des Processes als res litigiosa; agramirt der Anefänger, so geht dieser Besiz auf ihn über. Wegen der Verpflichtungen, welche aus diesem Besiz entspringen hat der Besizer dem Gegner durch Fistucaversprechen u. s. w. Sicherheit zu leisten. Das, und das pflichtgemäße Besizen selbst, nennt die Lex Salica „agramire"; und eben dieser Doppelsinn ist es, welcher Tit. 37 u. 47. 1 entschieden hat, das verb. agramire, und nicht die Phrase fidem facere zu gebrauchen.

Was vorstehend von der Agramition des Inhabers gesagt ist, wird heute der Forschung kaum noch Bedenken erregen; desto mistrauischer aber dürfte sie es aufnehmen, daß ich auch dem Anefänger unter Umständen Agramitionsbesiz zuschreibe; deshalb bedarf dieser Punkt noch genauerer Erörterung, bez. quellenmäßiger Begründung.

Aus Sachssp., II. 36, 8, Richtst. Ldrs., XIII. 2 a. E. und anderen Aussprüchen des späteren Schöffenrechts, die Laband, S. 103f., zusammenstellt [1]), ist gefolgert, daß z. Zt. der Spiegel der Inhaber unbedingt bis zur Sachfälligkeit im Besize des Streitobjects geblieben sei. Dies Princip hat dann Siegel (a. a. O., S. 92 f.) auch auf das alte Recht übertragen; und er hat später bei v. Bethmann-Hollweg (S. 481, N. 11 a. E.), Sohm, (Process, SS. 83—86 [2]), und auch bei Heusler Zustimmung gefunden. Bei lezterem nicht bloß in der Abhandlung über die Beschränkung des Rechts der Eigenthumsverfolgung bei Fahrhabe (z. B. S. 15 f.), sondern auch in dem umfangreicheren Werke „Die Gewere", wo (S. 92 f. u. S. 285) die Existenz der vorgängigen possessorischen Streitregulirung vor Beginn der eigentlichen Hauptverhandlung für die Mobiliarvindication ebenso bestimmt geleugnet, wie (SS. 94 — 97; S. 255 f. u. s. w.) für die Immobiliarvindication behauptet wird.[3]) Dasselbe „Posses-

[1]) Vrgl. auch Planck, S. 825 f. u. 837 f.

[2]) Ausdrücklich hat S. den Grundsaz allerdings nicht ausgesprochen; er bildet aber die stillschweigende Voraussezung seiner Darstellung. Bei der absoluten Inhaltsleere der sohmschen Gerichtsverhandlung läßt sich Fortführung des Rechtsstreits nach Aushändigung des Streitobjects an den Klr. selbst dann nicht denken, wenn die Aushändigung nur eine provisorische ist.

[3]) Löning hat das (S. 60, N. 10 a. E.) nicht ohne Schein bestritten. Das, was H. „Possessorium" bei der Immobiliarvindication nennt, scheint mir directe Wirkung des Anefangs zu sein.

sorium" aber, was die Immobiliarvindication kennt, kennt auch die alte Mobiliarvindication. Selbst das spätere Recht giebt dem belangten Inhaber — auch wenn es ihn nicht durch Sequestration oder gerichtliche Asservation geradezu außer Besiz sezt — doch immer nur ein sehr bedingtes Recht des Behaltens. Er „soll" das Gut in seinen Geweren behalten, bis es ihm im Wege Rechtens abgewonnen ist, sagt Eike, Sachssp., II. 36, 8, und giebt damit keineswegs bloß dem Grundsaze Ausdruck, daß es ihm vorher nicht abgenommen werden darf, sondern auch, daß er bis zu jenem Zeitpunkte nicht befugt ist, es aus seinen Geweren zu laßen. Daraus aber folgt von selbst, daß er das Gut nur gegen gehörige Sicherstellung zu behalten berechtigt ist. Das spätere Schöffenrecht kann aber offenbar hier wider nicht für das alte Recht zeugen, das vermittelst Spurfolge und Anefang oder Anefang und Intertiation eine Eigenthumsbescheinigung gewann, von der das spätere Recht keine Ahnung mehr hatte.[1]) Und in der That findet sich denn auch in den ältesten Quellen eine Stelle, die eine viel klarere Sprache zu Gunsten der Annahme des Anefangspossessorii auch bei Fahrhabe spricht, wie die späteren, ich meine Lex Burgund., 83. 1 (Mon. G., Legg., III. 567): „Quicunque res aut mancipium, aut quodlibet suum agnoscit, a possidente fidejussorem idoneum accipiat, aut si fidijussorem petitum[2]) non accipit, res quas agnoscit praesumendi habeat potestatem." Siegel hat (S. 91) die Stelle von der Verpflichtung des Inhabers „auf den Anefang Rede zu stehn" verstanden, und daraufhin aus ihr das Rechtsprincip abgeleitet, der Anefänger könne zu sofortiger Selbsthilfe schreiten, falls dieser Forderung nicht genügt werde. Dieselbe Ansicht ist dann von Sohm (S. 92) und v. Bethmann-Hollweg (S. 42[3]) widerholt. Das ist jedoch eine sehr gezwungene Auslegung. Ms. Es. sagt die Stelle, der Anefänger soll ein besseres Recht auf den Besiz der Streitsache haben, wie der Inhaber (praesumendi habeat[4]) potestatem), sofern er Sicherstellung ver-

[1]) Sachssp., II. 36, 1 klingt fast wie eine alte Sage von dem zweitägigen Spurfolge-Fatale. Aber wie vollständig verblasst! Und noch verblasster sieht dieselbe Reminiscenz in Richtst. Ldrs., 40. 4 aus.

[2]) Siegel läßt (a. a. O., S. 91) das petitum — nach Lindenbrog — aus. Meiner Lesart folgen Sohm (Process, S. 92), v. Bethmann-Hollweg (S. 42, N. 12) und Jobbé (S. 70, N. 4).

[3]) Jobbé dagegen faßt die Stelle abweichend in meinem Sinne auf. Vrgl. S. 70, Text.

[4]) Daß praesumere diese Bedeutung hat, bestätigt Lex. Rom. Burg., 34. 1 (Mon. G., a. a. O., S. 616); eine Stelle, deren Sinn durch Sohms Übersezung (S. 92) vollkommen entstellt ist. Außerdem giebt aber Sohm auch noch (nach

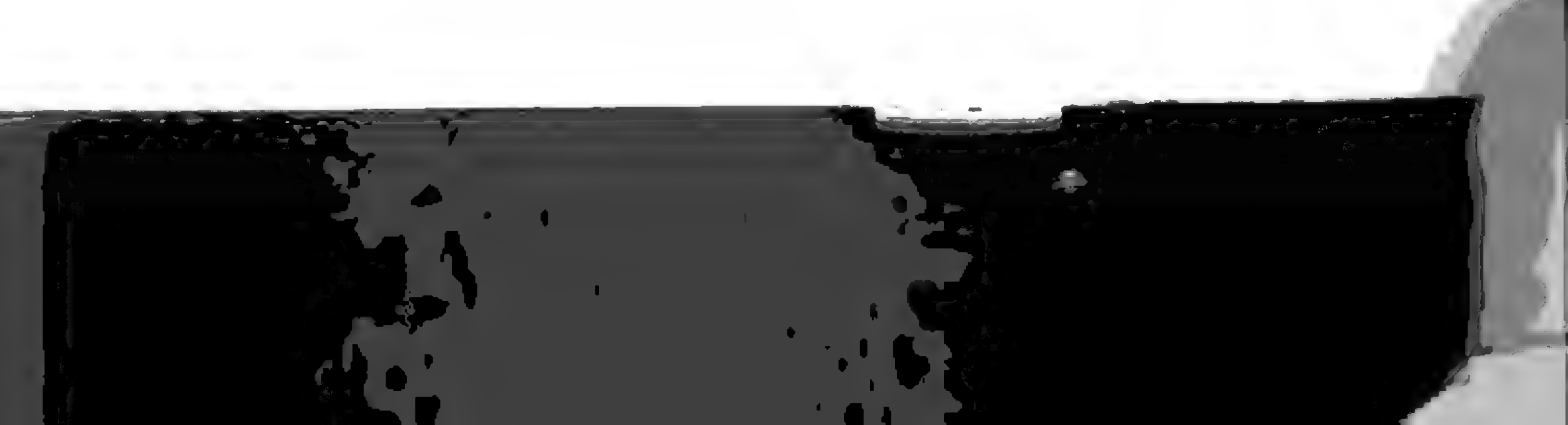
Digitized by Google

langt hat, der Inhaber aber nicht Willens oder nicht im Stande ist, sie zu gewähren. Wie Lex Rom., Burg., 34. 1 beweist, gewinnt der Anefänger aber auch dann ein Vorzugsrecht auf den Besiz, wenn der Inhaber, keinen Gewährsmann laudirt. Wesentlich dieselben Grundsäze laßen sich auch aus den ags. Quellen, insbesondere aus Aðlr., II. 8 pr. deduciren; doch will ich nur bei den burgund. stehn bleiben. Die uns überlieferte Lex Burgundionum ist nämlich während der Alleinherrschaft König Gundobads (ca. 501—516) entstanden. (Vrgl. Bluhms Vorrede, Mon. G., a. a. O., S. 497 f.). Wir können somit unbedenklich annehmen, daß Tit. 83 noch das echte Germanenrecht überliefert, worauf auch die Vorschriften der Lex Salica über die Agramition beruhen. Wenn also der zweite Saz von Lex Sal., 37 vom Inhaber sagt, „agramire licet", so haben wir das so zu verstehn, daß es ihm frei steht, Bürgschaft u. s. w. anzubieten, und sich dadurch im vorläufigen Besize der Sache zu erhalten. Wenn weiter aber der erste Saz jenes Titels dem Anefänger und Lex Sal., 47. 1 dem Inhaber zur Pflicht macht, zu agramiren, so soll damit gesagt sein, daß der Gegner Caution zur Sicherstellung seiner Rechte auf die Sache fordern darf; und daß von Erfüllung dieser Forderung die Befugniß des Agramitionspflichtigen abhängt, die Sache in seiner Gewahrsam zu behalten, bez. vorläufig in seine Gewahrsam zu nehmen.[1])

Die bisherigen Erörterungen haben uns, wie ich hoffe, mit der schwierigsten, aber auch wichtigsten Seite der alten Agramition bekannt gemacht, mit ihrer formalen. Lernen wir jezt ihre materielle Seite kennen.

Lindenbrog?) einen unbrauchbaren Text. Sie lautet nach Cod. E: „Si quis res proprias agnoscit, nec ejus manus aut aliquid cauciones (cautionis) opponat, ad res suas praesumendi habeat liberam potestatem". Zwischen nec und ejus manus ist die Bezeichnung dessen, welcher „opponiren" soll, ausgefallen; die Person kann aber schlechterdings nur der belangte Inhaber sein. Der Sinn ist: Wenn Jemand sein Gut anefängt, und der Inhaber seinen Gewährsmann (ejus, d. h. der geanefangten Sache, manum) nicht nennt, und sich dadurch im Besize sichert (opponat), oder keinerlei Sicherheit (aliquid cautionis) bietet, um sich im Besize zu erhalten (opponat), so hat der Anefänger die Befugniß, den Besiz der Sache zu ergreifen, und den Inhaber so zu zwingen klagweis — gemäß Tit. 34. 2 (u. Lex Burg., 83. 2) — gegen ihn vorzugehn. Das praesumere ist also auch hier noch kein definitives, sondern provisor. Besizergreifen. Es wird dem Anefänger gestattet, wenn der Inhaber nicht beide gestellten Bedingungen erfüllt.

[1]) Daß Jobbé durch seine Auffaßung des agramire (S. 32) zu ganz anderen Ergebnißen kommt, ist sehr natürlich, braucht aber nicht noch besonders widerlegt zu werden.



Es liegt in der Natur der Sache, daß die Obligation, welche der Agramient eingeht, deren Erfüllung er durch processuales „fidem facere" verspricht, zu gewißen processualen Handlungen — das „Halten" der Sache, ihr Vorführen vor Gericht und „geweldigen" an den Gewährsmann — verpflichtet, und zugleich eine rein privatrechtliche Seite hat, nämlich die Sicherung der körperlichen Unversehrtheit des Streitobjects bis zum Austrage des Rechtshandels. Betrachten wir zunächst den processualen Theil dieser Obligation.

Er zeigt sich vor allem in der Verpflichtung, das Streitobject zu „halten", d. h. durante processu nicht aus seinen Geweren zu laßen. Das römische Recht hat aus dieser rein processualen Obligation den materiel privatrechtlichen Grundsaz abgeleitet, daß die Veräußerung einer res litigiosa durch den Processgegner angefochten werden kann, sofern der Erwerber um die Litigiosität der veräußerten Sache wußte, oder wißen mußte. Vrgl. z. B. L. 1 § 1 D. De litigiosis (44. 6). Das ist aber dem german. Recht noch fremd. Es kennt hier kein wirkliches Veräußerungsverbot[1]), wie Pertile (S. 240), Vecchio (S. 267), Jobbé (S. 73) behaupten, sondern nur ein Festhaltungs**gebot**, und kümmert sich ebenso wenig um etwanige Rechtsveräußerungen, die der Festhaltung keinen Eintrag thun, wie es dem benachtheiligten Processgegner das Recht einräumt, derartige Veräußerungen wegen Litigiosität der Sache anzufechten. Läßt dagegen der Agramient die Sache aus seinen Geweren und wird dadurch unfähig, seine processualen Verbindlichkeiten, welche durch das Innehaben der Sache bedingt sind, zu erfüllen, so wird er sachfällig. Das drückt sich potenzirt darin aus, daß der Agramient sogar dann sachfällig wird, wenn ihm die Sache gestohlen ist, und ebenso, wenn ihm ein intertiirter Sklav entweicht, und er ihn nicht binnen gesezlicher Frist widerschaffen kann. Vrgl. Lex Rib. 72. 2 u. 8, sowie Anmk. II zu diesem Paragraphen.

Die Verpflichtung zum „Halten" des Streitobjects bedeutet aber keineswegs bloß die custodia behufs der Ermöglichung der endlichen Rückgewähr, sondern schließt auch noch eine Obligation in sich, welche irgend ein materielrechtliches Element gar nicht enthält, sondern rein processual ist. Der altgerman. Process gestattet seiner Natur nach keine Beweisaufnahme ohne daß die Sache, welche der Zielpunkt davon ist, selbst an Gerichtsstelle geschafft, oder wenigstens dort durch ein sogen. Leibzeichen vertreten würde.[2]) Demgemäß

[1]) Lex Bajuw., 15. 6 (Mon. G., Legg., III. 309) ist römischen Ursprungs. — Vrgl. übrigens zu der ganzen Frage auch Siegel, a. a. O. S. 88 f. u. 254 f.

[2]) Selbstverständlich steht es nicht im Belieben des Beweisführers, das

Digitized by Google

macht der lezte (3.) Saz von Lex Sal., 37 dem agramirenden Kläger das „offere" der Streitsache „per tertia manu" zur Pflicht; ein Ausdruck, der theilweis stark misdeutet ist, weil die Lex emendata (Tit. 39) statt offere „agramire" sagt, und das zu der falschen Annahme veranlaßt hat, beide Zeitwörter sagten dasselbe.[1]) Der Sinn der Phrase offerre p. t. m. ist indeß ganz einfach das zu agramirende Thier vor Gericht bringen, damit das Dritthandsverfahren mit ihm vorgenommen werden kann. Wörtlich sagt die Phrase: das Thier für (per=pro[2]) die dritte Hand, den Gewährsmann zur Verfügung stellen. Der Kläger, welcher in dem gedachten Falle dies nicht thut, kommt seiner Agramitionspflicht nicht nach; und deshalb sagt die Lex emendata gradezu, er habe das agramiren verweigert. Leztere Ausdrucksweise faßt agramire als dauernde Handlung auf; sie nüancirt aber zugleich in ungehöriger Weise den Sinn.

Die materiel privatrechtliche Obligation, welche die Agramition begründet, besteht in Tragung des Periculum betreffs der agramirten Sache. Der Agramient wird in dieser Beziehung dem Leiher gleich gestellt. Dies Princip an sich wird heute kaum noch bestritten werden. Anders aber steht es mit dem Beweise, den ich dafür in petto habe. Ich selbst traue seiner Festigkeit allerdings vollkommen, verkenne aber auch nicht, daß er starken Schein gegen sich hat, und verweise ihn schon deshalb zu abgesonderter Behandlung in Anmerkung II zu diesem Paragraphen.

Fragen wir nun endlich noch, unter welchen Umständen die eine oder die andere Partei berechtigt ist, die Agramition vom Gegner zu verlangen, oder den Agramitionsbesiz für sich zu beanspruchen?

Mir scheint, es herrscht ein gewißes Wechselseitigkeitsverhältniß zwischen Intertiation und Agramition. Ist der Anefänger ge-

---

eine oder das andere zu bieten, sondern Grundregel ist, der Beweis muß angesichts der Sache selbst geführt werden. Das Leibzeichen wird lediglich als Wahrzeichen für getötete oder inzwischen gestorbene Lebewesen zugelaßen. Vrgl. Lex. Rib., 72. 3; 5; 6. Das Wahrzeichen bei Liegenschaften hat Ähnlichkeit mit dem Leibzeichen, gehört aber hier nicht her. — Der im Text aufgestellte Grundsaz wird allgemein von der Doctrin anerkannt. Vrgl. Siegel, a. a. O., S. 252 f.; Sohm, Process, S. 112 f u. 119; v. Bethmann-Hollweg, S. 484; Pertile, S. 240; Jobbé, S. 54 f.; Poincaré, S. 41; Planck, S. 825 f. u. 833. Vecchio und Thonissen heben den charakteristischen Grundsaz gar nicht hervor.

[1]) Vrgl. Waitz, D. alte Recht d. salisch. Franken, S. 159, N. 1; Siegel, a. a. O., S. 47, N. 13, und Sohm Process, S. 80.

[2]) Vrgl. Sohm, Process, S. 83 f.

zwungen, zu intertiiren, so ist er damit verhindert, sofortige Herausgabe des Streitobjects zu verlangen, sofern der Inhaber nur durch Ableistung des von Lex Rib., 33. 1 skizzirten Gefährdeeides den Gewährschaftszug antritt. Als Hauptdirectiv für Pflicht und Recht zu agramiren und die Agramition zu verlangen, ergiebt sich somit die Regel: die Intertiation giebt dem Anefänger das Recht, Agramition vom Inhaber zu verlangen, sofern dieser den durch die Intertiation erzwungenen Gewährschaftszug antritt. Diesen Saz will Lex Sal., 47. 1 ausdrücken, indem sie die Agramitionspflicht (agramire debet) des Inhabers von der vorgängigen Intertiation abhängig macht. Wir haben aber auch schon (S. 52 f.) die Spurfolge als Surrogat der Intertiation kennen gelernt, und so werden wir schon a priori schließen, daß weiter noch bestimmte Wechselwirkung zwischen Spurfolge und Agramition besteht. Und in der That läßt darüber Lex Sal., 37 keinen Zweifel. Dieser von den Wirkungen der Spurfolge handelnde Titel schweigt ganz von der Intertiation, und giebt damit zu verstehn, daß er die Spurfolge regelmäßig als Surrogat der Intertiation betrachtet. Demgemäß kommt in dem Titel auch der Fall gar nicht vor, daß der spurfolgende Anefänger die Agramition zu fordern hätte, sondern sie erscheint dort durchaus als Vergünstigung des Inhabers. 1. Nach Saz 2 steht ihm die Befugniß zu, bei verspätet geglückter Spurfolge selbst zu agramiren, sofern er den Gewährschaftszug auf Grund eines Marktgeschäftes[1]) anbietet. Offenbar hat man sich die Sache so vorzustellen, daß er die Abführung des geanefangten Thieres durch den Spurfolger wehrt, indem er agramirt und den Gefährdeeid wegen des Gewährschaftszuges leistet.[2]) 2. Ferner

[1]) Vrgl. Anmk. III zu dies. Paragraphen.

[2]) So ist ms. Es. Lex Sal., 37, Saz 2 mit Lex Rib., 47. 1 in Einklang zu bringen, wonach die Intertiationspflicht scheinbar nur durch die rechtzeitig geglückte Spurfolge ersezt wird. Nicht das Erlaßen der Intertiation, sondern das sofortige Zurückfordern (revocare), obwohl nicht einmal intertiirt zu werden braucht, bildet die Eigenheit des Falles. Sohm (Process, S. 88) in Übereinstimmung mit Siegel (Gerichtsvrf. I. 44) deutet dagegen das „absque intertiato" (ohne daß die betreffende Sache intertiirt ist) „revocare" als: ohne Zulaßung des Bekl. zum Gewährschaftszuge. (Ebenso v. Bethmann-Hollweg, S. 482, bes. N. 16 und Scherrer, S. 269 f.) Daß das völlig unrichtig ist, beweist Lex Sal. 37, Saz 1 unwidersprechlich. Thévenin (S. 15 f.), Jobbé (S. 26), und diesem nach Poincaré (SS. 32—34) erklären, der Anefänger dürfe die Sache „ohne Intertiation" an sich nehmen; was aber mit dem „ohne Intertiation" gesagt sein soll, darüber schweigt Thévenin. Jobbé versteht unter der Intertiation, wie wir gesehen haben, Beschlagnahme, Poincaré Sequestration. Im eigentlichen Ergebebniß geht aber Jobbé — und ihm getreulich folgend auch wider Poincaré — weit noch über das Ziel von Siegel und Sohm hinaus. Er

Digitized by Google

aber gewährt Lex Sal., 37, Saz 1 dem Inhaber der rechtzeitig geglückten Spurfolge gegenüber sogar die Möglichkeit, den Spurfolger zur Agramition zu zwingen, sofern er, der Inhaber, sich nur ebenfalls wegen seines Erwerbs auf Marktgeschäft beruft, und außerdem Heimelborgzeugniß anbietet.[1]) Man hat sich diesen zweiten Fall so vorzustellen, daß der spurfolgende Anefänger zwar das geanefangte Thier mit sich fortnimmt, ohne zur Intertiation zu schreiten (Lex Rib., 47. 1); und daß auch der entwehrte Inhaber den Gewährschaftsgefährdeeid nicht leistet; daß er dagegen die nöthige Sicherheit gewährt betreffs seines Heimelborgs und seines Gewährschaftszuges; und daß dann der Spurfolger nur Besiz ergreifen darf, wenn er seinerseits wider den Inhaber durch Arramition betreffs des angetretenen Beweises und Gewährschaftszuges sicher stellt.

Der Gewährschaftszug, womit der Inhaber sich gegen den spurfolgenden Anefänger vertheidigt, unterscheidet sich ms. Es. in nichts von dem sonstigen Gewährschaftszuge. Er faßt daher auch nicht bloß die criminelle Seite der Sache ins Auge, sondern auch die dingliche, erstrebt das Festhalten, bez. Widergewinnen des streitigen Thieres. Ebendeshalb bedroht auch Tit. 37, Saz 3 den agramirenden Anefänger, der seiner Agramitionspflicht vor Gericht nicht genügt, mit der Diebstahlsbuße.

Anmerkung I.

Beim Agramitionsversprechen der Tit 37. u. 47. 1 Lex Sal. wird vom Agramienten selbst und seinen etwanigen Bürgen die fistuca gebraucht. Das sagt allerdings nicht Tit. 37 noch Tit. 47. 1, und zwar weder ausdrücklich, noch auch nur andeutend, so daß die Thatsache sich nicht durch unmittelbares Quellenzeugniß feststellen läßt. Dennoch aber ist sie zweifellos. Es sprechen dafür zwei entscheidende Gründe: 1. der Name fistuca selbst; und 2. der Umstand, daß dies Instrument bei der Agramition der späteren Quellen, beim processualen fidem facere (sicherstellen; verbürgen) nachweislich gebraucht wurde.

läßt (S. 28) nicht bloß die Streitsache ohne alles weitere Verfahren, oder wie Sohm will unter Abschnitt aller Vertheidigung, aber mit Vorbehalt eines die Wegnahme formal justificirenden Gerichtsverfahrens, dem Inhaber entreißen, sondern dieser selbst wird ihm auch zugleich zum handhaften Dieb. Pertile und Vecchio haben sich mit der Frage nicht befaßt.

[1]) Vrgl. Anmk. III.

Digitized by Google

Das erste dieser beiden Argumente ist ebenso einfach, wie kurz und bündig. Fistuca kommt von figere her, bedeutet Ramme oder Schlägel; und passt demnach so vollständig zum fränk. agramjan, athramjan (agramire), daß die spätere Erweiterung des Begriffs Agramition gradezu auf den Gebrauch der Fistuca bei der alten Agramition zurückzuführen ist. Ein rein zufälliger Umstand hat aber im Laufe der Zeit dies einfache Argument seiner durchschlagenden Kraft beraubt. Durch und seit Jac. Grimm (RA, SS. 121—130) ist nämlich völlig in Vergeßenheit gerathen, daß das Ding wirklich fistuca heißt. Grade diese Schreibart ist von Grimm gar nicht in Betracht gezogen, sondern er hat sich lediglich an die Schreibart „festuca" gehalten, und deshalb aus der Sache einen „Halm" gemacht.[1]) Daß das indeß vollkommen verfehlt ist, hat jezt Heusler (Institutionen, SS. 76—79) unwiderleglich bewiesen; und dem entspricht aufs genauste, daß es, wie gesagt, nicht festuca heißen muß, sondern fistuca. Alle Handschriften der salfränk. Lex antiqua geben ausschließlich diese Lesart, und in der Lex Ribuaria herrscht sie entschieden vor.

Angesichts der Ausführungen Heuslers (a. a. O., SS. 76—79) ist es mir rein unmöglich, daran zu zweifeln, daß er Recht hat, die Entstehung der altsalfränk. Fistuca vom Runenstabe abzuleiten[2]), und ihr sacrale Bedeutung beizulegen, und daraus den Ritus des Haltens, Werfens u. s. w. der Fistuca abzuleiten. Nach Abgabe der Erklärung, während welcher der sich Verpflichtende die Fistuca (regelmäßig mit der Rechten) gehalten hatte, wurde das Stäbchen (wie Heusler, S. 76 f. zeigt) zerbrochen[3]); der eine Theil wurde dem Gläubiger ausgehändigt, den anderen behielt (nach Heusler, S. 85 f.) der Versprechende. Die Fistuca hatte sonach einen doppelten Zweck. Zunächst war ihr Ergreifen das Zeichen, daß man entschloßen sei zum „Beharren bei dem gegebenen und gesprochenen Worte unverbrüchlich und ewig". Die Aushändigung des für den Mitcontrahenten bestimmten Stückes der Fistuca aber

[1]) Ebenso Homeyer, Haus- u. Hofmarken, S. 234; Siegel, a. a. O., S. 39, N. 12; Waitz, D. alte R. d. salisch. Franken, S. 180; v. Bethmann-Hollweg, S. 474 u. a. Zeumer verweist (Index zu Lex Ribuaria und Chamavor., s. v. festuca) auf eine alte Glosse: „festuca, Halm"; daß damit indeß nichts bewiesen wird, ergeben Heuslers Auseinandersezungen, S. 76 f., N. 4.

[2]) Zusammenhang zwischen Fistuca und Waffe, wie Thévenin (SS. 45—48) will, ist nach Heusler (S. 76 f.) entschieden nicht anzunehmen.

[3]) Das Zerbrechen der Fistuca hat aber nicht das Geringste mit dem Zerbrechen der 3 Erlenstäbe in Lex Sal., 60. 1 zu thun, womit es Thévenin (S. 52 f.) zusammenmengt.

Digitized by Google

image
not
available

Ableistung des Eides zu hindern. Indeß das ist eine unmögliche Erklärung. Wie hätte man ein Verbot dieser Art mit der „intercessio fistucae" in irgend welchen Zusammenhang bringen können? Weit näher scheint mir schon Thévenin der wirklichen Wahrheit gekommen zu sein, indem er (S. 42 f., N. 2) die Hypothese aufstellt, lacina bedeute hier vielleicht die Eidesschelte. Richtig ist aber auch das noch nicht. Man muß, um wirklichen Sinn in Tit. 71 zu bringen, von der Voraussezung ausgehn, daß der zuerkannte Reinigungseid alle Mal mittelst der Fistuca auf einen gesezlichen Termin arramirt werden muß, falls der Verurtheilte nicht sofort zur Urtheilserfüllung schreitet.

Die intercessio fistucae wird auch von Thévenin selbst (S. 54) ganz richtig als das Instrument bezeichnet, welches den Übergang der Sache aus der contradictorischen Hauptverhandlung in das Beweis-Afterding vermittelt; und nur darin fehlt er, daß er diese Vermittlung nicht als nothwendig betrachtet. Das grade nimmt Tit. 71 als selbstverständlich an. Er stellt den Grundsaz fest, daß die contradictorische Hauptverhandlung durch Fistucation des Urtheils geschloßen ist. Damit erkennen beide Theile das Urtheil als rechtskräftig an; und somit giebt es fortan keinen anderen Weg, ihren Rechtsstreit weiter zu führen, bez. auszutragen, wie die Urtheilserfüllung, oder die Jactivität des Verurtheilten betreffs dieser Erfüllung. Wir haben uns aber schon aus Richtst. Ldrs., 11. 3 überzeugt, daß das altdeutsche Recht eine Eidesverlegung gekannt hat. Dort wird als solche der augenscheinliche Beweis bezeichnet, daß das Gegentheil von dem wahr ist, was Beklagter beschwören will; und es läßt sich kaum bezweifeln, daß schon das älteste Recht die gleiche oder eine ähnliche Möglichkeit anerkannt hat. Diese Eidesverlegung ist unsere lacina.[1]) Sie soll mit der Fistucation des Urtheils abgeschloßen sein; und eben deshalb folgt aus Tit. 71 der Grundsaz, daß eben diese Fistucation die unübersteigliche Grenze des contradictorischen Hauptverfahrens bildet. Demgemäß läßt sich auch nicht daran zweifeln, daß der Fistucationsact stets ein nothwendiger war, sobald das Urtheil nicht sofort endgiltig erfüllt wurde. Das laßen auch Lex Sal., 56. 1 und Edict Chilper., c 7 ganz deutlich erkennen.

Jezt leuchtet auch von selbst ein, wie es kommt, daß Tit. 71 mit den Worten schließt: „sed cum sacramento se idoneare studeat."

[1]) Jac. Grimm hat das Wort (Vorrede, S. XXXV) verkannt. Es ist von einem Verbum gebildet, das dem ahd. und as. lahan, wehren, entspricht. lakina bedeutet Versperrung, Hinderung. Daher via-lacina, Wegversperrung.

Digitized by Google

image
not
available

contradictorischen Parteivorträgen beginnen, denen dann das Beweisurtheil folgt. Anders kann es der Natur der Sache nach auch das alte Recht nicht geregelt haben; man würde sonst die Sache ebenfalls im einfachen Afterdinge erledigt haben. Dazu kommt noch Folgendes. Es ist unrichtig, wenn Sohm (S. 117, N. 2) das Gelöbniß des Gewährschaftszuges seitens des Inhabers einfach als Species des Beweisgelöbnißes bezeichnet. Es ist eben **nur** das erstere, und der Beweis wird dadurch ganz auf den Gewährsmann abgewälzt, sobald dieser wirklich in den Process eintritt. In Wahrheit sind also die Agramitionen der Lex Salica von den späteren Beweisarramitionen wesenhaft verschieden. Leztere versprechen unmittelbare Processerledigung durch Beweis, jene dagegen nur die Stellung des richtigen Processgegners, der dem Anefänger als souverainer dominus negotii gegenüber tritt, und als solcher seine Beweisanerbietungen zu machen hat; über diese aber muß **nothwendig** das gerichtliche Urtheil entscheiden.[1]) Erst dann, wenn von einem recipirenden Gewährsmanne bestimmte Beweisanerbietungen gemacht, und diese durch das Urtheil des Gerichts zugelaßen und gehörig formulirt sind, kommt es zur Arramition im späteren Sinne[2]); und erst dann tritt das Verfahren in das Stadium, wo kein weiteres Urtheil ergeht, sofern sich alles ordnungsmäßig abwickelt.

Anmerkung II.

Der Agramitionsbesiz wird von der Lex Ribuaria in denjenigen Fällen, wo der belangte Inhaber darin belaßen wird, dem Leihebesiz in Rücksicht auf Tragung der Gefahr gleich gestellt. Damit soll ausgedrückt werden, daß der Inhaber die Gefahr unbedingt zu tragen hat. Diese beiden Säze sind das Thema probandum gegenwärtiger Anmerkung.

Daß der Leiher durch die Leihe die gesamte Gefahr über-

[1]) Am klarsten tritt das in dem Falle hervor, den die alten Volksrechte wie eine Unmöglichkeit behandeln, wenn nämlich der Gewährsmann — im Widerspruche mit dem Intertiationseide des Anefängers — behauptet, von diesem die Streitsache erworben zu haben. Wer ist in diesem Falle zum Beweise berufen; und wie soll er beweisen? Das muß doch das **Urtheil** sagen.

[2]) Höchstens ließe sich im Falle von Lex Rib., 33. 4 von **sofortiger** wirklicher Beweisarramition reden. Soll denn aber auch Lex Rib., 33. 2 u. 3 die Agramition das Gerichtsurtheil im echten german. Sinne überflüßig machen? Ich möchte das doch bezeifeln, und eher annehmen, daß Sohm bei seiner theoretischen Construction diese Fälle aus dem Auge verloren hat.

image
not
available

nicht die Liberalität auf Seiten des Verleihers gehört; und das betreffs der Gefahr durchgehends die Principien walten läßt, welche das römische Recht für das mutuum anerkennt. Stobbe glaubt (a. a. O., S. 239) diese Eigenthümlichkeit aus dem Grundsaze: „Cujus est commodum, ejus est periculum“ erklären zu können[1]); das scheint mir jedoch unmöglich; und ich bin vielmehr der Ansicht, daß die Abweichung des german. vom röm. Recht lediglich aus historischen, und nicht aus principiellen Gründen zu erklären ist. Das röm. Recht steht auch hier auf weit vorgeschritttenerem Standpunkte, wie das germanische. Aber es hat eine Zeit gegeben, wo das erstere denselben primitiven Standpunkt eingenommen hat. Dafür bürgen die Worte pecunia und peculatus, die auf eine Wirthschaftsverfaßung hinweisen, welcher das Vieh, die Thiere, die ja in den Exemplificationen der german. Geseze noch immer als Hauptgegenstand der Leihe figuriren, das Geld bedeutete, also Sachen bei denen der Regel nach nicht der individuelle, sondern der Tauschwerth in Betracht gezogen wird.[2]) Tacitus berichtet (German.,

---

perierit, non culpa aut negligentia debitoris, ille qui pecuniam commodavit, solam pecuniae summam (!) recipiat, et non usuras requirat“ u. s. w., scheinen mir mit Lönings Behauptung völlig unvereinbar. Zu demselben Schluß führt auch Lex Frision., Addit., X. 1, wie v. Richthofen (in N. 63, 64 und 65 zu Add., X. 1) nachgewiesen hat; und Löning bestreitet dies (S. 52, N. 4) vollkommen mit Unrecht. Namentlich die Zusammenstellung der friesischen Gesezesstelle mit jener westgothischen zeigt das recht deutlich.

Übrigens muß ich noch ausdrücklich bemerken, daß commendare auch Depositum und Faustpfand (Sazung) umfaßt; und daß mir zweifellos ist, daß der Lex Salica „res praestita“ sich vollständig mit dem Ausdruck res commendata deckt. Alle diese Fälle werden aber auch in Bezug auf das Periculum gleich behandelt (vrgl. Stobb. a. a. O., SS. 212—217; S. 253 u. 270); und grade in dieser Hinsicht konnte daher die „Leihe“ sehr wohl als Prototyp hingestellt werden.

[1]) Ihm folgt Schmidt, Schadensersaz, S. 26.

[2]) Vrgl. Soetber, Beiträge z. Gesch. d. Geld- u. Münzwesens i. Deutschland (Forschungen z. deutsch. Gesch., I. 207—217). Mit Recht ist Waitz (VG. I³, 422) Soetbeers Ansicht treu geblieben, obwohl sie v. Richthofen (Zur Lex Saxonum, Berlin 1868, 8°, SS. 358—63) bekämpft hat. Seine Gegenargumentation geht auf die eigentliche Begründung der soetbeerschen Ansicht gar nicht ein. Die specielle Frage, ob die normale Milchkuh ursprünglich die Werthseinheit des german. Geldsystems gebildet habe, wie Soetb. behauptet. und v. R. bestreitet, ist hier übrigens interesselos. Von größtem Belang ist dagegen für uns, daß noch die Volksrechte, in wesentlicher Übereinstimmung mit Tacitus, German., c. 12 u. 21, das Vieh wirklich als Geld, als pecunia, anerkennen. Sehr bestimmt sprechen dies für die Wergeldzahlung aus Lex Rib., 36. 11, ein Gesez, das (nach Sohm, Mon. G., Legg. V. 188 f.) aus dem VI. Jahrh. stammt, und Lex Saxon., 66; ganz allgemein aber sagt es (für

Digitized by Google

image
not
available

indeß fast unbegreiflich seltsam bliebe der Ausdruck doch unter allen Umständen. Aber auch sonst stellen sich der Deutung noch Bedenken entgegen, die bisher gar nicht erwogen sind.

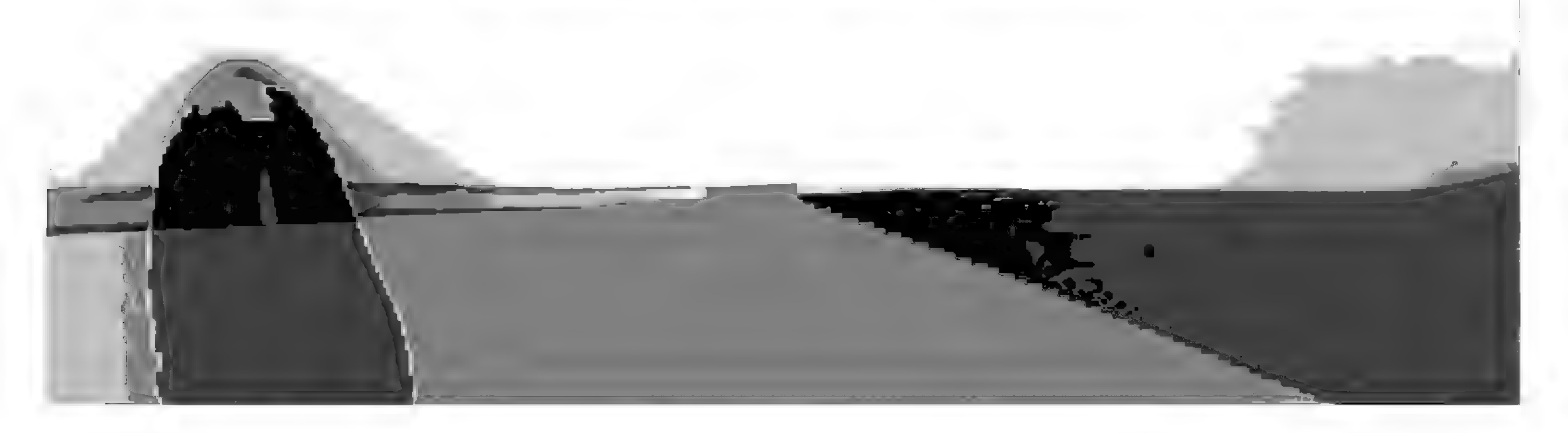
1. In demjenigen Theile der Lex Ribuaria, worin unsere Redensart gebraucht ist, nämlich in Tit. 65—79 (Sohm, Mon G., a. a. O., S. 186), kommt compositio in der unzweifelhaftesten Weise als Bezeichnung der Sühnebuße vor. Es heißt Tit. 70. 2: „Si . . . quis fossam vel puteum fecerit, seu pedica vel balista incaute posuerit, et ibidem hominem vel pecus debilitaverit, vel interfecerit, omnem compositionem sicut lex continet Ribuaria, culpabilis judicetur." Ebenso wenig wie die Lex Salica willkürlich und zufällig mit ihren technischen Ausdrücken wechselt, ebenso wenig wird es ein Zufall sein, daß hier nicht von omne legis beneficium die Rede ist, sondern von omnem compositionem. Tit. 70. 2 legt also gewiß die Vermuthung nahe, daß legis beneficium und compositio verschiedene Dinge sind.

2. Das fränk. Recht straft den Dieb unter Umständen mit doppelter Buße, die Wegnahme mit der Wegnahmebuße, texaga, und die Verheimlichung mit der Dilaturenbuße. Lex Rib., 18. 1; 72. 1—3 u. 8 u. s. w. u. s. w. Ist legis beneficium ebenfalls eine Buße, so haben wir neben diesen beiden noch eine dritte. Denn daß legis beneficium von der texaga und der dilatura unterschieden ist, sezt Lex Rib., 72. 3 außer allen Zweifel. Dort heißt es vom Töter eines agramirten Sklaven, gegen den der agramirende Inhaber das Abwälzungsrecht gewahrt hat: „ipse — der Töter — capitale et dilatura seu[1]) cenu werdunia vel leges beneficium culpabilis judicetur."

3. Die Bezeichnung legis beneficium findet sich — abgesehn von 2 Diplomen, worin sie möglicher Weise sinnwidrig, wie ich jedoch nachzuweisen hoffe, nur scheinbar, auf die Zahlung von Grundzinsen angewandt ist[2]) — nur dann gebraucht, wenn es sich

[1]) So gut wie seu und das nachfolgende vel hier — evidentermaßen — disjunctiv, und nicht etwa copulativ, gebraucht sind, so gut ist es auch geschehn in Lex Rib., 72. 1: „capitale et dilatura cum legis beneficio seu con furtu culp. jud.", sowie in Lex Rib., 72. 2 u. s. w.

[2]) In beiden Fällen handelt es sich um ribuarische Urkunden, nämlich 1. um eine Precarie des Abtes Asverus von Prüm (a. 762—804), bei Beyer. Urkundenb., I. 17 f., No. 14: „Et si de ipso cinsu negligentes aut tardi apparueritis, cum legis beneficio hoc exsolvere faciatis", (in einer Precarie desselben Klosters vom 3. Mai 880, Beyer, a. a. O., S. 122 f., No. 118, steht für legis beneficium, legis compositio); und 2. um eine Schenkung (vom Ende des VIII. Jhrhs.) an das Kloster Lorsch, Cod. Laurishamens. I. 35, No. 16: „Et si de ipso censu negligens exstitero, cum legis beneficio hoc emendare faciam."



Digitized by Google

image
not
available

ficium“ geschehn; d. h. der Eindringling soll sofort gezwungen werden, das streitige Land wie ein legis beneficium zurückzugewähren. Die beiden in Rede stehenden Paragraphen des Tit. 60 ergänzen sich somit gegenseitig. Das „cum legis beneficium restituere cogi“, tritt beim Beklagten des § 3 ebenso gut ein, wie bei dem des § 4, sobald er bußfällig wird. Nur das „in praesenti“ passt auf ihn nicht, weil vorher noch die Frage des Reinigungsbeweises zu erledigen ist. Was für eine genauere Bestimmung der Restitutionspflicht die Phrase „cum legis beneficium restituere“ in sich birgt, läßt so wenig diese Stelle wie sonst eine andere klar erkennen; es giebt aber keinen schlechten juristischen Sinn, wenn wir das cum legis beneficium übersezen: wie Leihegut.

Die Stellen aus der Lex Ribuaria, die ich nun noch zu besprechen habe — Tit. 66. 1; 67. 4. u. 5; 72. 1—3 u. 5 — sind (nach Sohm, a. a. O., S. 192) sämtlich gleichalterig, und stammen aus dem VII. Jahrhundert. Tit. 66. 1 behandelt den Fall, wo es streitig wird, ob das einen Reinigungseid auferlegende Beweisurtheil von der betreffenden Partei erfüllt ist oder nicht, und regelt die processuale Entscheidung dieses Incident-Rechtsstreites.[1]) Für den

[1]) Sohm verweist (a. a. O., S. 255, N. 58) bei unserer Stelle auf Brunner. Das Gerichtszeugniß u. d. fränk. Königsurkunde (Festgaben für u. s. w. Heffter Berlin 1873, 4° — SS. 143—149?) Er ist also der Ansicht, der Incidentstreit betreffe die Frage, ob die Eidesleistung überhaupt stattgefunden habe; und weil Tit. 66. 1 die Entscheidung nicht auf Gerichtszeugniß stellt, so findet er darin einen neuen Beleg für die Nichtexistenz des Gerichtszeugnißes bei den Franken. Sehr bestechlich für diese Benuzung der Stelle spricht allerdings der Anfang ihres zweiten Sazes: „Si . . . contentio orta fuerit, quod sacramentum in die placiti conjurrasset“ (al. non conjur.), sobald man sie nämlich so versteht, als ob der Streit über die Frage der Eidesleistung „in die placiti“ entstanden sei. Das ist aber ms. Es. nicht richtig. Offenbar dreht sich der Streit darum, ob der Eid, der „in die placiti“ geleistet worden, als wirklicher Eid anzuerkennen sei. Daß der Eid, um den gestritten wird, wirklich, wenn auch nicht ordnungsmäßig, geleistet ist, beweisen der 3. und 4. Saz unwidersprechlich. Danach wird den Eidhelfern, also Personen, die durch ihren Nebeneid einen wirklich geleisteten Haupteid unterstüzt haben, ein ganz bestimmter Vorwurf gemacht. Die Substanz dieses Vorwurfs tritt auch sofort klar hervor, sobald man das sinnlose sextam des 3. Sazes in „sectam“ verbessert. Dann wird nämlich den Helfern vorgeworfen, daß sie in ihrem Hilfseide nicht dem Haupteide gefolgt, nicht in der Weise, wie es Form. Turomens. 31 (Zeumer. S. 154) veranschaulicht, „an des Hauptschwörers Wort gegangen“ seien. Am Anfange des lezten Sazes wird dasselbe durch „verbis dirigere“ (nicht dicere) ausgedrückt, was sagen soll: durch die Wortfaßung des Hilfseides rechtfertigen (dirigere); eine Phrase, die eben dadurch entstanden ist, daß der Hilfseid eine genaue Bestätigung der Norm des Haupteides enthalten muß. Incidenstreitigkeiten dieser Art läßt das spätere Schöffenrecht durch Urtheil entscheiden;

Digitized by Google

image
not
available

Lex Rib., 67. 4 (Mon. G., a. a. O., S. 257) bezieht sich auf den Fall, daß jemand in Anspruch genommen wird auf Erfüllung des Gedinges seines Erblaßers, dem Kläger eine bestimmte Sache zur Schuldtilgung in Zahlung zu geben. Nach § 1 haftet der Erbe unbedingt, wenn er „quantum 1 solidus valet, in hereditatem receperit", oder wenn er zu derjenigen Verwandtschaftsclasse gehört, an welche das Wergeld des Erblaßers im Tötungsfalle hätte gezahlt werden müßen. [1]) Die Vertheidigung gegen die vorausgesezte Erbschaftsklage beruht also auf Leugnung des einen oder anderen Sazes, oder beider, je nach Begründung der Klage. Der processuale Vertheidigungsmodus ist wider Eid mit Helfern. Tit. 67. 4 sezt nun voraus, daß diese Vertheidigung versäumt ist, und bestimmt demgemäß: „Si autem non adimpleverit — wenn der beklagte Erbe nicht rechtzeitig den Widerlegungseid geleistet hat — omnem repetitionem cum legis beneficium restituat." Die Erklärung ergiebt sich aus meiner Erläuterung der vorigen Stelle von selbst. Ich füge nur hinzu, daß die von Sohm (a. a. O., N. 68) angezogene Parallelstelle Lex Chamavor, c. 15 meine Ansicht durchaus bestätigt.

Lex Rib., 67. 5 (Mon. G., a. a. O., S. 257) sezt die processuale Behandlung des vorigen Falles fort. Der in Anspruch genommene Erbe hat seine Erbenqualität anerkannt, dagegen bestritten, daß dem Kläger das beanspruchte Gut wirklich in Zahlung versprochen sei. Demgemäß ist der Kläger zum Eide über diese Thatsache verstattet; Beklagter aber hat den Eid als „Mein" gescholten. Solche Schelte sezt zugleich das Ziehn der Sache an die vordere (rechte) Hand, d. h. die Herausforderung zum Gottesurtheile des Zweikampfes, voraus (Vrgl. Brunner, Wort u. Form i. altfranzös. Processe. Sitzungsberichte d. wiener Akademie, Philosoph. histor. Cl., Bd. 57 — Wien 1868, 8° S. 733—35), und devolvirt den Process an das königliche Hofgericht. Das ist die thatsächliche Unterlage der Stelle, welche bestimmt: „Si quis pro hereditatem [2])... certare coeperit pro [3]) malo ordine cum sex in ecclesia conjurata,

---

[1]) Vrgl. v. Amira, Erbenfolge und Verwandschaftsgliederung n. d. alt.-niederdeutsch. Rechten. München 1874, 8°, SS. 22—27; 39—41.

[2]) Hier habe ich die Worte „vel pro genuitatem" ausgelaßen. Ich kann nicht annehmen, daß genuitas hier wirklich ingenuitas ist, obwohl Text B und eine ganze Zahl von Handschriften dafür wirklich ingenuitas geben. Ich halte genuitas vielmehr für mittelalterliche Bildung aus genus, und glaube, es soll Abstammung bedeuten.

[3]) Sohm: post. Meine Lesart, welche handschriftlich ebenfalls überliefert ist, wird in der zweitfolgenden Note gerechtfertigt werden.

Digitized by Google

image
not
available

Conjurata angehört), dann bleibt ihm nur die Wahl, sich kämpflich zu wehren, oder der Klagforderung vollständig gerecht zu werden, wie wenn ihm das Streitobject vom Kläger geliehen worden wäre."

Lex Rib., 72. 1 (Mon. G., a. a. O., S. 260 [1]) sezt den Fall, daß ein geanefangter, vom Inhaber agramirter Sklav vor dem gerichtlichen Termine zum Gewährschaftszuge gestorben ist, ohne daß irgend jemanden irgend welche mittelbare oder unmittelbare Schuld dabei trifft, ja überhaupt ohne alle äußere Veranlaßung. In diesem Falle ist der beklagte Inhaber grade so berechtigt, die Vertretung des Zufalls von sich auf den Gewährsmann abzuwälzen, wie in den analogen Fällen von § 6 u. 7 unseres Titels [2]); aber das Abwälzungsrecht ist formal davon abhängig gemacht, daß der Sklav „in quadruvio cum retorta — der Intertiationsfeßel, wie ich glaube (vrgl. Jobbé, S. 56, N. 2) — in pede sepelliatur." Der Sinn dieser seltsamen Clausel ist noch niemals wißenschaftlich ermittelt; und glücklicher Weise ist das eigentliche Forschungsergebniß, was diese Anmerkung anstrebt, von dieser Ermittelung unabhängig. Um jedoch Tit. 72. 1 und damit zugleich Tit. 72. 3 u. 5 vollständig verständlich zu machen, will ich hier beiher die Erklärung der Clausel geben.

Gengler macht (Glossar, s. v. quadruvium) auf zwei Umstände aufmerksam, welche auf die richtige Spur führen. 1. kennt das langobard. Recht (Rothari, 224. 1; Mon. G., Legg., IV. 54) eine Freilaßung „in quadruvio"; und 2. erwähnt die normanisch-angelsächs. Rechtsaufzeichnung der sogen. Leges Henrici I, c. 78 (Schmid, S. 476) eine Freilaßung „in mercato", d. h. wie Gengler richtig übersezt, auf offenem Marktplaze. Gengler meint nun, beide Arten

[1]) Vrgl. zu der Stelle Siegel, Gerichtsvf., I, 252 f., bes. N. 2, wo indeß fälschlich behauptet wird, das Gericht u. s. w. „begebe" sich erst an den Begräbnißort. Der Irrthum ist daraus entstanden, daß Siegel die Beerdigung in quadruvio nicht zu deuten gewußt hat. Genau dasselbe gilt von Jobbé, S. 56. Vrgl. ferner Sohm, Process, S. 112 f.

[2]) Nach späterem Schöffenrecht, wie es z. B. Sachssp., III. 5, 5 fixirt, findet bei der Leihe in solchen Fällen keine Vertretung des Zufalls durch den Inhaber mehr statt. Lex Rib., 72. 5, wo offenbar von der eigentlichen Deposition, und zwar im echten römischen Sinne (homo commendatus) und von der Negotiorum gestio als Deponent (homo fugitivus, Festhalten eines entlaufenen Sklaven) die Rede ist, erkennt das Princip von Sachssp., III. 5, 5 nur für die echte Deposition an, und macht seine Anwendung überdies noch von derselben formalen Vorbedingung abhängig, wie § 1 die Befugniß zur Abwälzung der Vertretungspflicht auf den Gewährsmann. Den Inhaber einer geanefangten Sache, welcher im Rechtsstreite unterliegt, oder seinen Gewährsmann, der an seiner Statt unterliegt, läßt aber das spätere Recht grade ebenso die Gefahr tragen, wie das älteste; denn er gilt als „dieblicher" Inhaber.

Digitized by Google

image
not
available

perficiebant. Charta regnante Roberto rege, fol. 1 Tabularii s. Petri Vosiensis: Ipsum donum concessit apud Lemovicas in quadrivio inter S. Stephanum et S. Martinum sito, his praesentibus etc. Alia fol. 2 v.: Donum autem istud factum est in quadrivio ante fontem Brivensis etc. . . . Idem etiam aliquando in fiddjussoribus de stando juri observatum, ut docent Consuetudines Ausciorum a. 1301, Art. 27: Fidejussio de stando juri . . . . cum praestanda fuerit, praestetur et exigatur in quadruvio, vel in carteria majori, vel in domo communi ad voluntatem Domini". Daß der Kreuzweg von Tit. 72. 1; 3 u. 5 ganz in die Kategorie der hier aufgezählten Fälle gehört, wird niemand in Zweifel ziehn. Er ist also der Markt (und Marktgerichtsplaz) des Ortes des Anefangs und der Intertiation. Dort muß in den bezeichneten drei Fällen die Beerdigung als gerichtlicher öffentlicher Act bewirkt werden. So wird unter den Augen des Gerichts selbst, und unter dessen Mitwirkung constatirt, daß der Gestorbene eben der homo intertiatus oder commendatus vel fugitivus, und daß er unter Umständen gestorben ist, die jede fremde Schuld dabei ausschließen.[1]) So, aber auch nur so, ist es möglich, daß die aus seinem Grabe hervorragende Fußfeßel als Leibzeichen des Beerdigten gebraucht werden kann.

Hat der Inhaber verabsäumt, auf diese Weise sich zu salviren, so hat er unbedingt den Tod schadensersazlich zu verantworten; und das drückt Tit. 72. 5 so aus: „precium rei cum legis beneficio culpabilis judicetur"; d. h. er soll verurtheilt werden, den Sachwerth zu bezahlen, wie wenn er den Sklaven als Leiher innegehabt hätte. Er muß demnach den Werth bezahlen, den er hatte zu der Zeit, da er ihm übergeben, oder von ihm gefangen genommen wurde. Tit. 72. 1 drückt denselben Gedanken in folgender Weise aus: „capitale et dilatura cum legis (alias: lege) beneficio seu con furtu culp. jud." Hier ist das furtum, und in Folge dessen auch die Dilatur mit eingemengt, weil eben der Inhaber wie ein Dieb haftet. Das capitale aber ist genau dasselbe wie das pretium rei in § 5; und dies soll, wie dort, cum legis beneficio gezahlt werden. Umgekehrt hat nach § 3 der fremde Töter[2]) in solcher Weise dem

---

[1]) Daher ist — nach Tit. 72. 3 — dem agramirenden Inhaber auch die rechtliche Möglichkeit entzogen, einen Dritten als Töter des Sklaven zu belangen, sobald die gerichtliche Beerdigung stattgefunden hat.

[2]) Daß am Anfange von Tit. 72. 3 nothwendig gelesen werden muß: „Si quis autem" habe ich bereits oben S. 112 gezeigt. Die Stelle handelt ja vom Regress des Inhabers gegen einen fremden Töter. Nachträglich sei hier noch bemerkt, daß Jobbé (S. 57) diese Thatsache vollkommen verkannt hat.

Digitized by Google

image
not
available

nicht bloß um Rückgabe der Rauba, sondern namentlich auch des Sklaven selbst. Hat sich dessen Körperbeschaffenheit beim Beklagten verschlechtert, so muß er dafür aufkommen.

Eine andere (noch etwas ältere) Formel, Form. Andecavens. 47 (Zeumer, S. 21), die hier noch zu besprechen ist, schließt sich an Lex Rib., 33. 2 u. 3 an. Der belangte Inhaber (einer Liegenschaft) ist verurtheilt, seinen Gewährsmann zu stellen, oder herauszugeben.[1] „Cum legis beneficio ipso illo (ipsum illum, den Kläger) de ipso vinia (das Streitgrundstück) revestire deberet“, ist die leztere Verpflichtung formulirt. Unbestreitbar geben diese Worte einen sehr guten Sinn, wenn man legis beneficium für Buße nimmt. Sie sagen dann: so muß er Buße zahlen und außerdem den Kläger wider in den Besiz seines Weinberges einsezen; dennoch halte ich es, angesichts aller bisher besprochenen Stellen, für richtig zu construiren: ipsum illum de ipsa vinia cum legis beneficio revestire deberet, und zu verstehn: so hat er ihn wider in den Besiz des Weinbergs einzusezen, wie wenn er denselben und das darauf befindliche Inventar leihweis vom Kläger innegehabt hätte. Die — von meinem Standpunkte aus betrachtet — verschrobene syntaktische Construction der Formel läßt dringend vermuthen, daß der Concipient wirklich legis beneficium für Buße gehalten hat. Das ist aber ohne Belang. Der Ausdruck legis beneficium ist Jahrhunderte früher entstanden, wie das Formularbuch.

Zum Glück sind wir in der Lage, der vorstehenden Formel ein wirkliches Placitum entgegenzusezen, das meiner Deutung weitere Festigkeit giebt. Es ist ein unter Chlodwig III am 28. Februar 693 ergangenes Urtheil (Mon. G., Diplomata, 1. 58 f.; Nr. 66) in einer Streitsache, welche im wesentlichen denselben Fall behandelt, wie die vorige Formel. Der Process endet mit unbedingter Verurtheilung des Beklagten zur Restitution. Der betreffende Abschnitt lautet: „jubimus, ut antedictus A. (der Bekl.) ipso locello B. (das Streitgrundstück), quicquid ibidem ipsi Ch. (der Rechtsvorgänger des Klrs.) visus fuit tenuisse, vel moriens dereliquisse, cum omni integritate sua vel ajaciencias, sicut ab ipsum Ch. fuit possessum, cum legis beneficium memorato Ch. (dem Klr.) . . . reddire et

[1]) Das Formular sezt einfach voraus, daß der Bekl. seinen Gewährsmann nicht stellt. Man muß aber ergänzen, daß er auch zu dem Beweise Lex Rib., 33. 2 nicht im Stande ist; und man muß ferner annehmen, daß auch der Fall Lex Rib., 33. 3 in abstracto in jenem Urtheil mit vorgesehn ist. Ereignet sich einer dieser Fälle, so muß er nachträglich noch durch besonderes Urtheil geregelt werden.

Digitized by Google

image
not
available

(S. 129): secundum legem reddere; Vaissette, Hist. de Languedoc, I. Preuves, S. 135, No. 109 (a. 878): legem componere (vrgl. dazu Löning, S. 85) u. s. w. u. s. w.; und man wird daraus den Schluß ziehn, daß legis beneficium pleonastischer Ausdruck für das einfache lex sei. Folgeweis wird man ferner schon deshalb, und wohl auch noch aus einem anderen Grunde, den ich später darlegen — und widerlegen — werde, alle Bedenken beiseite sezen, und doch bei der Deutung Buße stehn bleiben. Ich muß es nun in der That offen anerkennen, daß ein solcher Endentscheid die Form. Andecav. 47 und die beiden zulezt besprochenen Diplome für sich hat. Es läßt sich nicht verkennen, daß legis benefic. dort wirklich für legis compositio oder das gebräuchlichere multa legis, multa quae lege continetur (Löning, S. 585; 587, bes. N. 67; 588, bes. N. 68 u. 69) steht. Indeß halten doch sehr starke Gründe davon ab, der Auffaßung dieser drei Urkunden allgemein maßgebende Bedeutung zuzuschreiben. Alles in allem erwogen, namentlich auch die rein sprachlichen Gründe, die ich nunmehr vorführen werde, ist doch wohl triftiger Grund gegeben, der von mir vorgeschlagenen Deutung beizutreten. Die sprachlichen Auseinandersezungen worauf ich mich stüze, zielen in erster Linie selbstverständlich darauf ab, den Ausdruck legis — oder wie Cod. 1 u. 2 Lex Rib. 66, 1, Text A geben, legium [1]) — beneficium mit meiner Erklärung in Einklang zu bringen. In zweiter Linie ist aber noch ein anderer, weit schwierigerer Punkt, die Einfügung dieses Ausdrucks in den Context der betreffenden Stellen durch die Praeposition cum ins Auge zu faßen.

Was den ersteren Punkt betrifft, so scheinen mir für ihn zwei Thatsachen entscheidend. 1. Die Germanen haben von den Römern [2]) das Wort beneficium als Bezeichnung der (beweglichen und unbeweglichen) res praestita adoptirt. Vrgl. z. B. Rothari, c. 327 (Mon. G., Legg., IV. 75) und die Überschrift von Lex Sal., 52 in der warschauer Handschrift (bei Behrend, S. 69, N. 1). 2. Die Franken müßen ein Substantiv (vermuthlich neutr.) lege, legi, lige, ligi beseßen haben, was, rein sprachlich genommen, ebenfalls res praestita ausgedrückt hat; außerdem aber noch ein gleichlautendes Adjectiv, was, angewandt auf eine Sache, dieselbe als im Legi-Verhältniß befangen bezeichnete, und angewandt auf eine Person, diese — als Leiher oder Verleiher — in demselben Verhältniß befangen

[1]) Unlatinisirt geben anstatt dessen Codd. 6 u. 7 in Lex Rib., Tit. 72 Text A, § 1: lege, § 2 u. 3: legi; Varianten, die vermuthlich auch sonst noch nachweisbar sind.

[2]) Vrgl. L. 17 § 3 D. Commodati (13. 6) u. L. 14 §. De precario (43. 26).

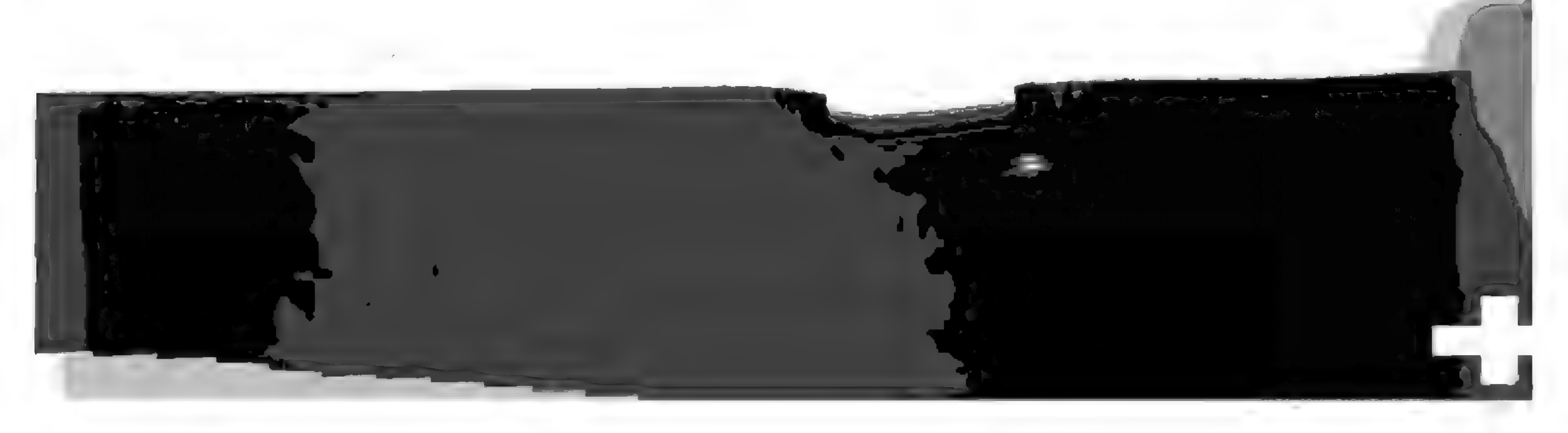
Digitized by Google

kennzeichnete. Vom Substant. legi, das noch im französ. lige fortlebt, hat das Mittelalter das latein. legeitas[1]) gebildet. Das Adject. legi erscheint latinisirt zuerst in der erwähnten Variante von Lex Rib., 66. 1, und dann in legius — z. B. Henr. I, c. 43 § 6 (Schmid, S. 454) — und ligius — z. B. ebendas. c. 32 § 2 (Schmid, S. 450) — Lehnsmann, und lebt heute noch im engl. liege, Lehnsherr fort. Allem Anschein nach haben nun die Franken anfänglich das latein. Wort beneficium in Fällen der Art, wie wir sie kennen gelernt haben, gar nicht gebraucht, sondern allein ihr eigenes Wort lege, legi, was eben Leihegut bedeutet haben, daneben aber auch — nach echt fränk. Sitte — zum Namen der Buße geworden sein muß, die der widerspänstige Leiher verwirkte, wenn er nicht rechtzeitig die res praestita zurückgewährte. Später aber, nachdem das latein. beneficium gebräuchlicher geworden war, ist dies neben dem fränk. lege, legi in die betreffende Formel eingestellt, und dadurch auch deren Sinn etwas verändert. Natürlich wurde dadurch aber auch zugleich eine Änderung des legi veranlaßt, die bewirkt wurde, indem man es adjectivisch latinisirte. Daher das „legium" beneficium in Lex Rib., 66. 1, woraus die späteren Abschreiber so wenig haben klug werden können, daß sie es sogar in „legimus" verkauderwälscht haben. Selbstverständlich kann aber legis beneficium nicht aus legium beneficium entstanden, sondern — was gewiß nicht undenkbar — höchstens (von späteren Abschreibern) aus legi beneficium (= legi-benef.) corrumpirt sein. Möglich ist allerdings auch noch ein Zweites. Der Genitiv. Singular. eines fränk. legi muß etwa legies gelautet haben; und unter solchen Umständen ließe sich äußersten Falls annehmen, daß legis beneficium aus legies beneficium entstanden, bez. verdorben sei. Doch ist mir viel wahrscheinlicher, daß spätere Abschreiber legi in legis verdorben haben; und daß dadurch das unbegreifliche legis beneficium sich eingebürgert hat.

Das Substantiv legi, lege figurirt in dem bezeichneten Sinne von Buße für unrechtmäßige Vorenthaltung der res praestita meiner Auffaßung nach in folgendem Saze einer Gesezesnovelle, die möglicher Weise noch von Chlodwig I herrührt, nämlich in Capit. Salic., I. 10 (Boretius, bei Behrend, Lex Salica, S. 91 f.): „cum lege[2]) componat, hoc est capitale reddat et soledos 15 culpabilis judicetur."

[1]) Undenkbar scheint mir, dies Wort vom latein. ligare abzuleiten. Ist das aber nicht möglich, so bleibt nur die fränk. Ableitung über, auf die auch das gleich zu erwähnende legius, ligius hinweist.

[2]) Vrgl. dazu Lex Bajuw., XVI. 1 (Mon. G., Legg., III. 321): „per legem reddere", d. h. wie geliehenes Gut zurückerstatten.



Bei späterer Besprechung der ganzen Novelle werden wir sehn, daß es sich um Rückerstattung einer beweglichen Sache handelt, welche der Erstattungspflichtige irrthümlich für ein Pfand gehalten, das er bei demjenigen, dem er rückerstatten soll, versezt, später aber durch Zahlung ausgelöst, und deshalb zwangsweise zurückgenommen hatte. Die Meinung des Gesezes ist nun offenbar, der Erstattungspflichtige habe die zurückzugewährende Sache inne wie der Leiher die res praestita, deren Rückgabe der Verleiher bis zur Zwangsvollstreckung betrieben hat. Dieser Gesichtspunkt spricht sich am augenfälligsten darin aus, daß unser Erstattungspflichtiger genau dieselbe Buße (15 Schill.) zu zahlen hat, welche der lezte Saz von Lex Sal. 52 dem Inhaber der res praestita auferlegt. Er hat aber auch die Ausdrucksweise cum lege componat veranlaßt. Daß mit diesem cum lege nicht cum legis multa, oder etwa „dem Geseze gemäß“ gemeint sein kann, ergiebt folgende einfache Erwägung. Die allgemeinen Culturverhältniße der Franken z. Zt. Chlodwigs I zwingen zu der Annahme, daß damals die Pfandsazung ihnen noch nicht lange bekannt gewesen ist, obwohl bereits Lex Sal., 50. 1 das pignus solutionis erwähnt. Die in Rede stehende Novelle war also keine Codification schon bestehenden ungeschriebenen Rechts, wie die Lex Salica selbst und die meisten der späteren Geseze, sondern ein neues Gesez für eine Materie neueren Ursprungs. Der Gesezgeber hätte also noch gar nicht von einer „lex“ sprechen können, unter welche die Pfandsazung, namentlich aber der in der Novelle geregelte Fall zu ziehn gewesen wäre. Wohl aber konnte er im vorliegenden Falle das cum lege componere gebieten, wenn lege, lige, legi als res praestita, bez. als die für Vorenthaltung einer solchen verwirkte Buße deutete. Und diesen Sinn hat lege hier wirklich. Eben deshalb wird auch das „cum lege componat“ der größeren Sicherheit halber noch durch den Zusaz erläutert: „hoc est capitale reddat et 15 solidos culpabilis judicetur“.

Von hieraus fällt nun auch ein heller Lichtstrahl auf den Ausdruck legi, legis beneficium. Meine früheren Ausführungen geben keinen Aufschluß darüber, wie man zu einem Ausdrucke hat kommen können, der scheinbar bloß pleonastisch und schwerfällig ist. Das eben Gesagte aber erklärt die Sache vollkommen. Der Ausdruck bezeichnet dann eine bewegliche Sache, auf deren Besiz der Inhaber kein eigentliches Recht, die er nicht anders in seinen Geweren hat, wie eine Sache, die unter dem Regime der Legibuße steht, legium (oder legies) beneficium ist. Und das würde auch vollkommen sachgemäß sein. Abgesehn von den beiden zulezt besprochenen Diplomen von Prüm und Lorsch, wird die Re-

image
not
available

cum hervorgegangen sind.[1]) Indeß Tit. 72 sezt es doch außer allen Zweifel, daß unser cum Praeposition ist; eine Annahme, welche auch der Umstand nahe legt, daß die Handschriften mindestens ebenso oft cum legis beneficio geben, wie beneficium. Was soll es nun aber heißen eine Sache restituiren oder zu deren Restitution verurtheilt werden „cum legis beneficio"? Ich habe schon oben (S. 143) gesagt, daß ich dies cum für secundum halte; und ich will das hier nur kurz noch Lex Rib., 72. 1 u. 3 gegenüber motiviren. Wo die Phrase „cum legis beneficium restituere" u. s. w. allein steht, ist mit der Deutung des cum als secundum sehr leicht auszukommen; man gewinnt dann ungehindert den Sinn: gemäß den Grundsäzen zurückerstatten, nach denen der Inhaber der res praestita sich zu richten hat. In Lex Rib., 72. 1 u. 3 ist aber die Restitution nicht bloß cum legis benef., sondern zugleich cum texaga, furto angeordnet; und in dieser lezteren Verbindung scheint für cum doch nur die Deutung von mit, nebst möglich zu sein, die dann unzweifelhaft auch der Bedeutung von cum in der Verbindung mit legis benef. praejudiciren würde; und zwar nicht bloß für die bezeichneten Stellen der Lex Ribuaria, sondern schlechthin ganz allgemein. Indeß ich glaube, es ist durchaus erlaubt, auch cum texaga oder furto als secund. texagam oder furtum zu verstehn. Der Beklagte soll gemäß dem Umstande, daß er in die Diebstahlsbuße verurtheilt werden muß — cum texaga — auch zur Zahlung der Dilaturenbuße verurtheilt werden.[2])

Anmerkung III.

Diese Anmerkung ist dem Nachweise gewidmet, daß das emere und cambiare in Lex Sal., 37 u. 47. 2 als Marktkauf und Markttausch zu verstehn ist; sowie daß der erste Saz von Lex. Sal., 37 dem Inhaber der geanefangten Sache in Folge des rechtzeitigen Glückens der Spurfolge den Gewährschaftszug unter keiner anderen Bedingung gestattet, als wenn er vorweg sich durch Heimelborg[3]) über die Ehrlichkeit seines Erwerbs ausweisen kann.

[1]) Irgend ein anderes Beispiel, daß cum bereits im mittelalterlichen Latein in diesem Sinne gebraucht ist, würde ich freilich nicht anführen können.

[2]) § 3 führt auch die Verurtheilung zur Kînu-werdunja mit als Motiv an („cum texaga seu cenu werdunia vel leg. b."). Das ist indeß eine ungeschickte Faßung.

[3]) In Ermangelung jeder anderen deutschen oder latein. Bezeichnung muß ich mir gestatten, diese angelsächs. aus Will., I. 21, 1 zu adoptiren. Richtiges Angelsächsisch ist übrigens heimel nicht; doch kommt für uns darauf nichts an.

Digitized by Google

image
not
available

Könige mit Markt- und Stapelrecht ausgestatteten Handelsstad, in Edw., I. 1, pr. u. § 1; Aðlst., II. 12 u. 13 § 1 und Will., III. 11. Neben diesem System geht aber — ergänzend — noch ein zweites her, dessen erste Spuren bis in die kentischen Geseze Wihträds und die westsächsischen Ines (Anf. d. VIII. Jhrhs.) hinaufreichen. Danach wird der Handel mit Fahrhabe überhaupt als Geschäft freiwilliger Gerichtsbarkeit behandelt. In Ines c. 25 (Schmid, S. 32) heißt es nämlich: „Wenn ein Handelsmann (kiêpe-mon, chapman) öffentlich (yppe, uppe) unter dem Volke (on folke) Handelsgeschäfte treibt, so thue er es vor Zeugen.“ [1]) Offenbar hat sich der Gesezgeber den Handelsmann mit seiner Bude unter der Volksmenge (on folke) sizend vorgestellt, d. h. er hat angenommen, die Handelsgeschäfte würden am Markttage gemacht. Nun weist aber die fränkische Analogie, wie ich zeigen werde, darauf hin, daß die Markttage zugleich Gerichtstage gewesen; und das erklärt die Vorschrift, der Handelsmann solle seine Geschäfte „beforan gewitnessum“ abschließen.[2]) Die Vorschrift ist unvollständig, und

Leistung des Käufers dagegen nennt man hwyrfan (tauschweis den Kaufmann befriedigen) und bykgan (zahlen). Vrgl. z. B. Äðlst., II. 10 (neben II. 12 u. 13, 1) und Aðlr., I. 3. Die syntakt. Construction ânes yrfes hwyrfan in Äðlst., II. 10 muß ms. Es. erklärt werden als: den Tauschwerth hingeben, den man wegen einer Ware (für dieselbe) besprochen hat. Äðlst., II. 10 u. Aðlr., I. 3 sind daher auf den Erwerber zu beziehn, während Edw., I. 1, Aðlst., II. 12 u. 13, 1 u. s. w., sowie das sofort zu erwähnende Gesez Ine, 25 Vorschriften für die gewerbsmäßigen Handelsleute enthalten. Ihnen gilt auch das Verbot des Handels „bûtan porte“.

[1]) Die Meinung ist, das Geschäft solle nur dann als „yppe“, unverhohlen, öffentlich, vorgenommen gelten, wenn der Kaufmann nicht bloß „on folke“ seine Waren feil gehalten, sondern das betreffende Geschäft auch vor eigens dazu gezogenen Zeugen abgeschloßen hat. Entgegengesezten Falls läuft der Kaufmann Gefahr, als Dieb behandelt zu werden, sobald er als Gewährsmann in Anspruch genommen wird.

[2]) Die Vorschrift erinnert an Liutpr., 79 (Mon. G., Legg., IV. 139); ja sie wäre sogar dem Sinne nach mit dem langobard. Geseze identisch, wenn dessen erster Saz das sagte, was er nach Zorn sagen soll. Dieser, der (D. Beweisverfahren n. langobard. R., München 1872, 8°, S. 47) die Bedeutung der Stelle überhaupt verkennt, übersezt nämlich jenen ersten Saz: „Wer ein Pferd auf dem Markte kauft, thue dies nicht insgeheim, sondern vor drei oder vier Zeugen.“ Das Kunststück, ein Pferd (!) auf öffentlichem Markte insgeheim (!) zu kaufen, hat wohl selbst kein alter Langobarde fertig gebracht. Es ist also klar, daß „in mercato“ — richtig in mercatu — comparare hier unmöglich auf dem Markte kaufen besagen kann, sondern nur durch Handelsgeschäft, von einem Handelsmanne (durch Tausch oder Kauf) erwerben. Solche Geschäfte sollen nicht anders gemacht werden, als vor Zeugen — übrigens nicht vor 3 oder 4, wie Z. angiebt, sondern vor 2 oder 3 — abgeschloßen werden, d. h. unter

Digitized by Google

aus den sonstigen Quellennachrichten dahin zu ergänzen, daß die Handelsgeschäfte vor dem Marktrichter abgeschloßen werden sollen. Es giebt allerdings eine ganze Anzahl von Gesezesstellen — Äðlst., II. 10 pr.; VI, 10 a. E.; Aðlr. I. 3; Knut, II. 24 pr. u. § 1; (widerholt in Will., I. 45) und Eduard Conf. 38[1]) — die

Wahrung der vollen Publicität. Geschieht es dennoch nicht, so geht der Erwerber des eigenthümlichen langobard. Vertheidigungsmittels durch den Eid, weder Dieb noch Diebesgenoße zu sein, verlustig und haftet als Dieb, sofern er seinen Gewährsmann nicht nennen kann. Die Zeugen-Zuziehung hat also mit dem privatrechtlichen Bestande und der privatrechtlichen Wirksamkeit des Erwerbsgeschäfts, womit sie Z. ausschließlich in Zusammenhang bringt, gar nichts zu thun; sie ist lediglich das strafrechtliche Praeservativ, was Will., I. 21, 1 „heimelborh" nennt.

Wenn übrigens vorstehend auch behauptet ist, mercatus bedeute in Liutpr., 79 nicht Markt, so bleibt deshalb doch bestehn, daß das Gesez zu den Quellenzeugnißen gehört, welche beweisen, daß auch die Langobarden das Portsystem gekannt haben. Evident zeigt das der letzte Saz: „Et si homines non habuerit, in quorum praesentia comparassit, nisi (sondern) simpliciter dixerit, quod comparassit de Franco, et nesciat de qualem hominem, componat ipsum cavallum pro furtum". Neben dem Byzantiner, Römer und Juden, die vermuthlich beim Langobarden alle drei nicht in Betracht kommen, war der Franke der Vermittler des internationalen Handelsverkehrs auf dem europäischen Continent. Vrgl. v. Inama, S. 177 f. Diese Handelsleute trieben aber keinen Hausirhandel, sondern fanden sich an den großen Marktpläzen zu den regelmäßigen Jahrmärkten und Messen ein. Die Nennung des „Franken" als des unbekannten ausländischen Gewährsmannes läßt also allein schon erkennen, wie eng die Vorstellungen von Markt und Handel, bez. Kauf und Tausch auch bei dem langobard. Gesezgeber mit einander verknüpft sind. Andererseits beweist aber auch sowohl dies Gesez, wie namentlich der erwähnte Reinigungseid, daß die Langobarden — in Folge römisch. Einflußes? — das Portsystem bereits seines monopolistischen Charakters entkleidet haben. Daraus aber folgt von selbst eine erhebliche Verschiedenheit von Liutprands und Ines Gesez, betreffs deren hier nur darauf aufmerksam gemacht sein soll, daß nach Ine der Handelsmann für verdächtig gilt, wenn er nicht für die Anwesenheit von — selbstverständlich einheimischen — unverdächtigen Zeugen sagt, während Liutpr., 79 es dem Erwerber überläßt, Öffentlichkeitszeugen zuzuziehn.

[1]) Ferner gehört hierher die Constitutio de hundredis (Edgar I), c. 4 (Schmid, S. 184), die ich gleich kurzer Hand hier in der Note erledigen will. Die Stelle ist zu übersezen: „Und wir haben betreffs fremder (unkûð) Fahrhabe — d. h. solcher Fahrhabe, die nicht in der eigenen Wirthschaft durch „laborare" erworben ist — beschloßen, daß niemand solches besizen soll, es sei denn, er habe die Leute der Hundertschaft darüber (þäs), scil. wie er sie erworben, zu Zeugen (hundredes manna gewitnessa = testimonia hominum centenae, d. h. — wie wir gleich sehn werden — der Hundertschafts-Orkenen, die von Schmid, a. a. O., N. 1, vorgeschlagene Emendation ist verfehlt), oder seinen Zehntschaftsmann, dessen Zeugniß vollgiltig sein soll. Und man soll ihm

Digitized by Google

image
not
available

image
not
available

image
not
available

konnte, sofern nur ihre Glaubwürdigkeit rechtlich unanfechtbar war. Diese Zeugen, das widerhole ich, hatten aber keineswegs ein arbiträres Urtheil darüber abzugeben, der Erwerber habe die Sache unverhohlen erworben, sondern sie mußten das Urtheil substantiiren durch die eidliche Versicherung der Kauf oder Tausch sei auf öffentlichem Markte, bez. vor Gericht gemacht.[1])

Wie man zu dem dargestellten Doppelsystem gekommen, liegt auf der Hand. Handel und Wandel sollten nicht heimlich im Verborgenen, nicht „dieblich" betrieben werden, sondern genau ebenso öffentlich, wie das übrige Rechtsleben. Dieser Gedanke hat auch König Edgar bewogen, das Heimelborgzeugniß noch in merkwürdiger Weise zu erweitern. Ich hebe aus den sonderbaren Vorschriften, Edg.. IV. 7—11 (Schmid, S. 196) Folgendes hervor: Wer auswärts kaufen will, soll seinen Nachbaren das Vorhaben beim Antritt der desfallsigen Reise ankündigen, und bei der Rückkehr (unter Vorzeigung, bez. Vorführung der erhandelten Ware[2]) den Abschluß des Geschäfts, sowie „on hwäs gewitnesse", d. h. vor welchem Richter und sonstigen Zeugen, es abgeschloßen sei. Hat jemand zufällig bei einer Reise einen Handel gemacht, so ist natürlich nur die Anzeige, bez. Abkündigung bei der Rückkehr erforderlich; diese aber muß bei Vermeidung der Confiscation innerhalb 4 Tagen nach der Rückkehr geschehn. (Vrgl. dazu Äðlst., II. 10 pr. a. E. u. Aðlr., I. 3 a. E.).

Daß die übrigen germanischen Volksrechte, namentlich auch das alte fränkische, von gleichem Geiste beseelt gewesen sind, beweist Lex Sal., 37 unwidersprechlich. Das proclamare in Lex Sal., 37, Saz 1, muß durchaus von einer Abkündigung verstanden werden, wie sie die besprochenen Bestimmungen in Edgars Gesez anordnen[3]); und ich glaube gewiß, daß Edgar, dessen Hundertschaftsverfaßung unbestreitbar modificirte Nachbildung der Hundertschaftsverfaßung Childeberts I und Chlothars I ist, hier ebenfalls die Anregung vom älteren fränkischen Rechte empfangen hat.

Um richtig zu erkennen, wie vollständig Lex Sal., 37 auf dem Standpunkte absoluter Publicität des Mobiliargüterverkehrs steht, muß man vor allem strengstens festhalten, daß der Titel dem Inhaber jeden Widerspruch versagt gegen die Behauptung des Spurfolgers, das geanefangte Gut sei „dieblich". Spurfolge und Anefang machen diese Behauptung vorläufig unwidersprechlich, und legiti-

[1]) Will., I. 21, 1: „il ait les testimonies, qu'il le achatad al marche le rei" (qu'il l'achetât au marché du roi).

[2]) Folgt aus c. 8.

[3]) Vrgl. auch Sachssp., II. 36, 1 u. 4; II. 37, 1 u. s. w.

miren den Spurfolger, sie als Rechtsbehauptung auszusprechen. Es handelt sich also für den auf diese Weise gebundenen Inhaber in erster Linie um die Möglichkeit, diese Behauptung von sich abzuwehren; dann aber weiter darum, von solcher Basis aus sich den Besiz der Sache zu sichern. Diese Möglichkeit räumt ihm nun wirklich Tit. 37, Saz 1, ein[1]); er darf sich auf Kauf und Tausch berufen; aber nur unter der einengenden, dem Publicitätsprincip entsprechenden Bedingung, daß er den Erwerb und seine Erwerbsart öffentlich bekannt gemacht hat. Die betreffenden Worte lauten: „si ille qui eum ducit, emisse aut cambiasse dixerit, vel proclamaverit". Daß dixerit vel proclamaverit Tautologie sei, wird gewiß nicht leicht jemand behaupten; auch folgt das Gegentheil unumstößlich aus der Thatsache, daß das proclamare ausschließlich im 1. Saze von Tit. 37, sonst aber nirgends erwähnt wird. Das „vel proclamaverit" ist also zu verstehn: und dies — das emisse aut cambiasse — auch abgekündigt hat.[2]) Die Vertheidigung des Inhabers nach der strafrechtlichen Seite hin fußt also auf der Thatsache, daß unverhohlener Kauf oder Tausch vorliege; die nach der privatrechtlichen, daß das Geschäft auch wirklich rechtsgiltig sei. Den ersteren Beweis hat er direct durch seine Zeugen zu führen; beim zweiten ist er auf den Gewährschaftszug angewiesen. Der zweite ist für die vorliegende Frage ohne alles Interesse; wir haben es lediglich mit dem ersteren zu thun. Dieser aber zerfällt in zwei Theile: 1. den Nachweis des emisse oder cambiasse, d. h. der Thatsache, daß das Thier durch Marktgeschäft erworben; und 2. des proclamare, d. h. der Thatsache, daß Heimelborg durch Abkündigung genommen ist. Erledigen wir den lezteren Punkt zuerst.

Wir besizen allerdings weder aus merowingischer, noch aus karolingischer Zeit ein Gesez, das die Abkündigung grade mit dem Kauf in Verbindung brächte; dennoch aber sind wir in der Lage, die Sache mittelst Lex Rib., 75 (Mon. G., Legg., V. 262) quellenmäßig zu erweisen. Nicht zwar gradezu; wohl aber von der Basis aus, die wir durch die Ermittelung der Grundprincipien des angelsächs. Rechts gewonnen haben. Lex Rib., 75 lautet: „Si quis caballum vel qualibet rem in via propriserit, aut eum secutus fuerit, per tres marcas ipsum ostendat, et sic postea ad regis stafflum

[1]) Mit Rücks. a. den dinglichen Anspruch, den der Inhaber erhebt, nennt ihn Saz 3: reclamans.

[2]) Die älteste Handschrift giebt „praeclamaverit" statt proclamaverit, und deutet damit vielleicht an, daß den Franken auch die Abkündigung der Absicht, zu kaufen u. s. w., bekannt gewesen ist.

image
not
available

[illegible] Handel [illegible] gesamten Germanen [illegible] — gemeint.

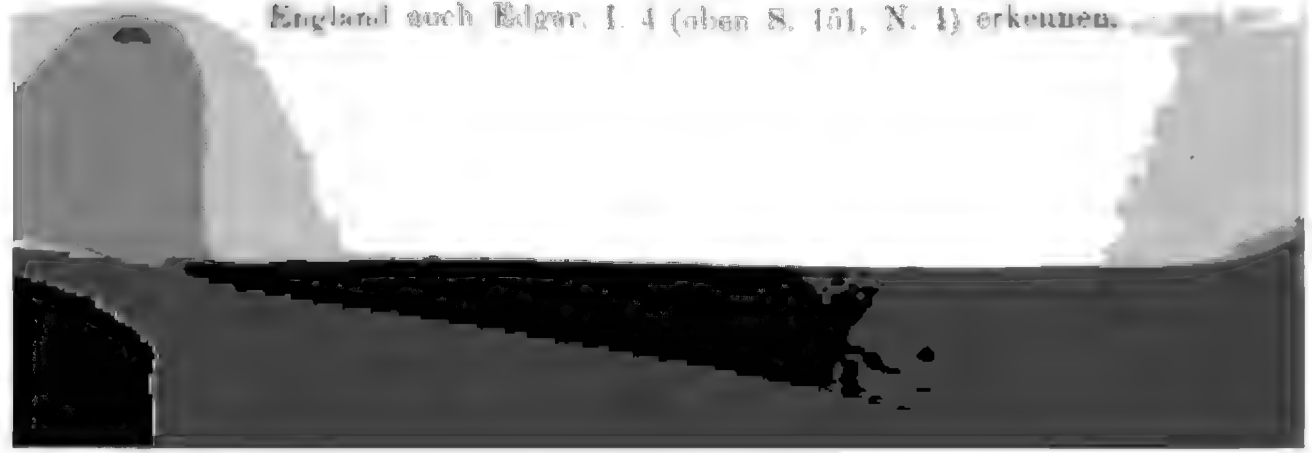
Mit der [illegible] der Franken [illegible] [illegible] Lex [illegible] Lex [illegible] Zwecke [illegible] 1. Der Gewährschaftszug ist keineswegs auf [illegible] Erwerbes zulässig, sondern muß sich [illegible] Erwerb [illegible] Tit. 47. 1 nennt [illegible] [illegible] Erwerbungen also, die auf Seiten des Erwerbers [illegible] die [illegible] der Hand- im Schoße der Familie [illegible] werden, bleiben beim Gewährschaftszuge unberücksichtigt.

2. Der Grund dieses Ausschlußes liegt eben darin, daß [illegible] Geschäfte keine Handelsgeschäfte, oder wenigstens kein [illegible] [illegible] sind.[2]) Diese Anschauung prägt sich in den Ausdrücken [illegible]

[illegible] 1, ob nicht die Lex Ribuaria bereits auf den [illegible] steht, dem Erwerber von Fahrhabe vom Heimeltsorg zu entbinden, [illegible] eine carta (Brunner, Z. Rgesch. d. römisch. u. german. Urkunde, Bd. I, [illegible] 1880, 87, 88, 211 ff., Heusler, Institutionen, S. 88 f. und Sohm, Auflassung [illegible] zu seiner Legitimation als Erwerber produciren kann. Das müßte [illegible] [illegible] werden, wenn sich annehmen ließe, daß die carta auch bei Veräußerungen von Fahrhabe gebraucht worden wäre; denn die Aushändigung der [illegible] oder wie die Lex Ribuaria gleichwerthig (vrgl. Brunner, a. a. O., S. [illegible] [illegible]) sagt, des testamentum — ist nach Lex Rib., 59 ein gerichtliches [illegible] publice negotiare im Sinne von Lex Sal., 47. 2. Wer sich also durch [illegible] über seinen Erwerb ausweisen kann, ist eo ipso dem Nachweise öffentlich [illegible] worben zu haben, überhoben. Indeß solche Annahme, der auch Brunner [illegible] u. S. 264 f.) widerspricht, ist rein unmöglich. Die Natur der Fahrhabe [illegible] streitet ihr so vollständig, daß sich der Gebrauch der carta bei dieser [illegible] Lande ausgebildet hat, das sich — wie Deutschland, England, die Lang[illegible] die gallischen Franken — der carta bei Liegenschaften bedient [illegible] Lex Rib., 58. 1 das Gegentheil folgern zu wollen, würde den dort [illegible] Fall vollständig verkennen heißen.

[1]) Darunter ist der reine **Sachtausch, Tauschhandel,** zu verstehen.

[2]) Später wurden auch sie vielfach öffentlich geschloßen und [illegible] in den Kreis des Gewährschaftszuges ein. Das Princip aber, daß [illegible] das publice negotiare beim Gewährschaftszuge berücksichtigt wird, [illegible] England auch Edgar, I. 4 (oben S. 151, N. 1) erkennen.



Digitized by Google

Tit. 47. 2 unwidersprechlich aus. Drei Mal wird dort der Inhaber, ›ei dem der Anefang erfolgt ist, als „ille qui cum eum, ab eo — lem Gewährsmann — negociavit“ bezeichnet; und das eine Mal, vo die Rede davon ist, wie er den Erwerb beim Ausbleiben des Gewährsmannes beweisen solle, heißt es sogar ausdrücklich: „mittat... res, scil. testes, quod publice ab eo negociasset.“ Das Zeitw. ıegotiari bezeichnet bekanntlich schon in der classischen Latinität las gewerbsmäßige öffentliche Betreiben von Handelsgeschäften; ınd daß es im Mittelalter diese Bedeutung beibehalten hat, lehrt chon das mittelalterliche negotiator, Handelsmann. Wenn also ;rade in jener Stelle noch außerdem der Nachweis des „publice“ egotiare verlangt wird, so sieht man wohl, daß dies mit voller ıbsicht geschehn ist, weil es eben ein öffentliches Handelseschäft sein mußte, woraufhin der Gewährschaftszug verlangt 'urde.[1]) Man erkennt aber auch zugleich aus der Nebeneinanderellung von Kauf, Tausch und Hingabe an Zahlungsstatt in 'it. 47. 1, daß alle entgeltlichen Tauschgeschäfte öffentlich geıacht wurden, sowie daß in Tit. 37 die Hingabe an Zahlungsstatt icht mit erwähnt ist, weil der Inhaber, angesichts der verfolgten pur, gezwungen werden soll, einen auswärtigen Handelsmann, it dem er auswärts oder in seinem eigenen Ortsbezirke gehandelt ıt, als Gewährsmann zu nennen.[2])

Der vernünftige, wenn auch noch mangelhaft cultivirte Mensch hebt keine Ansprüche, ohne erfahrungsmäßig der Möglichkeit rer Erfüllung sicher zu sein. Wenn also die Franken, in Übereinimmung mit den Angelsachsen, von einem publice negotiare reden, ıd dies allein als hinlängliche Basis des Gewährschaftszuges beındeln, so zeigt das allein schon, daß sie eine Anstalt gekannt ıben, die sie auf die Forderung der Öffentlichkeit in solchen ingen bringen konnte; d. h. — wie die Dinge liegen — daß sie n Handelsmarkt gekannt haben müßen. Und wirklich läßt sich ese Einrichtung bei ihnen sogar in ausgedehnterem Maße nachɜisen, wie bei den Angelsachsen. Wir können quellenmäßig festɜllen, daß die Franken den Wochenmarkt besessen haben.

[1]) Statt publice negotiare sagt Hlööh. a. Eädr., 16: „kûðum keâpe — durch entliches Handelsgeschäft — gebykgan“, erwerben. Beide Ausdrücke decken h vollständig. Der „offenbare Kauf“, Sachssp., II. 36, 1, scheint schon ein schwommener Begriff zu sein.

[2]) Damit hängt auch das proclamare in Tit. 37, Saz 1 zusammen. Einmische Erwerbungen von Nachbarn unterlagen offenbar nicht der Abndigungspflicht. Lex Sal., 47. 2 dürfte aber die Hingabe an Zahlungsstatt ıschließlich in die leztere Kategorie einreihen.

Lex Sal., 50. 2 (Behrend, S. 66; Waitz, D. alte R. d. salisch. Franken, S. 258) verordnet, daß der Gläubiger dem verganteten Gedingsschuldner „per tres nondinas" die Sonne sezen solle, bevor er zur Pfändung schreite. Laßen sich die Worte „per tres nondinas" irgendwie anders verstehn, als „an drei Markttagen"? Nach der herrschenden Ansicht müßte man allerdings auf diese Frage mit „ja" antworten. Sohm hat (Process, S. 30 u. Fr. R. u. Ger. Vf. S. 392, N. 6) nondinae durch „Woche", Wochenfrist übersezt, und ihm sind Behrend (Lex Salica, S. 154, s. v. nundinae) und Gengler (Glossar, s. v. nondinae) gefolgt. Was aber zu dieser Uebersezung berechtigt, ist schlechterdings nicht abzusehn. Bloße Fristen werden sonst sowohl von der Lex Ribuaria wie auch von der Lex Salica der alten, von Tacitus (Germania, c. 11) bezeugten Gewohnheit gemäß, nach Nächten bestimmt; und so wird die Vermuthung gestattet, wenn nicht geboten sein, daß hier keine bloße Fristbestimmung vorliegt, sondern zugleich die Bestimmung des Ortes, wo die Sonnensezung stattfinden soll. Dieser Ort ist eben der Markt. Die Sonnensezung soll an drei auf einander folgenden Markttagen stattfinden, d. h. an dem Orte und solchen Tagen, die dazu bestimmt sind, solche Rechtsgeschäfte abzuwickeln, wie das, dessentwegen das Mahn- und Betreibungsverfahren eingeleitet ist. Deshalb ist dem „per tres nondinas" auch keine weitere Fristbestimmung hinzugefügt. Zu diesem Ergebniß führt auch folgende unabweisbare Erwägung rein sprachwißenschaftlicher Art. Das Wort nondinae, nundinae kommt in den beiden fränkischen Volksrechten außer Tit. 50. 2 überhaupt nicht vor; und so bleiben für seine Übersezung nur zwei Möglichkeiten, entweder halten wir uns an den ursprünglichen Sinn, der neunte Tag, oder an den daraus abgeleiteten von Markttag. Die Wahl so, wie eben geschehn, abstecken, heißt aber unter den obwaltenden Verhältnißen überhaupt keine Wahl, sondern nur noch die eine Bedeutung Wochenmarkt für nondinae übrig laßen; denn die andere, ursprüngliche Bedeutung des Wortes können die Redactoren der Lex Salica unmöglich noch gekannt haben.[1])

---

[1]) Das älteste mir bekannte, etwa mit der Redaction der Lex Salica gleichzeitige mittelalterliche Beispiel, wo das Wort gebraucht ist, findet sich in der Vita s. Severini von Eugippius, c. 2, Nr. 13 (Bolland, Acta Sanctor. Januar, I. 487); und dort läßt der Zusammenhang nicht den geringsten Zweifel, daß es Jahrmarkt, Markt bedeutet. So übersezen es auch die späteren lateinisch-deutschen Glossarien. Vrgl. Diefenbach, Glossar. Latino-germanic. mediae et infimae aetatis. Frankfurt a/M. 1857, 4°, s. v. nundine. Dem entsprechend

Digitized by Google

image
not
available

richt fiel aber ebenso mit dem Wochenmarkte **zusammen**, wie die größeren Volksversammlungen, die ja auch vielfach gerichtliche Functionen hatten, mit Märkten und Messen verbunden waren. Lex Sal, 52 sezt siebennächtige, d. h. zweifellos Wochenfristen für die Mahnungen fest, deren jede mit einer Sonnensezung endet. Die Sonnensezung ist hier, wie überall, gerichtlicher Act; aber ihr Zweck ist kein ausschließlich gerichtlicher. Der Verleiher, der die Rückgabe der verliehenen Sache gegen den Leiher betreibt, erwartet am Sonnensezungstage nur eventuel, daß lezterer in contradictorischer Gerichtsverhandlung gegen ihn auftreten werde; hauptsächlich ist er der ordnungsmäßigen Rückgabe, bez. Erstattung der verliehenen Sache gewärtig. Und das ist so gut ein Marktgeschäft, wie die Zahlung. Auf dem Markt, vor dem Marktrichter zieht man seine Urkunds- und Öffentlichkeitszeugen, mit denen man sich u. a. auch den Beweis der Zahlung und Rückgewähr, bez. ordnungsmäßigen Erstattung sichert. Das ist ein starker Nebengrund, den Gläubiger, der Zahlung oder Rückgewähr betreibt, grade auf den Markt und an das Marktgericht zu verweisen.

Es ist gewiß nicht zu kühn, wenn man voraussezt, daß auf dem Markte auch die Abkündigungen der Verkäufe u. s. w. geschahen, die auswärts abgeschloßen waren; und so werden wir denn auch berechtigt sein, Lex Rib., 75 an einer sehr wichtigen Stelle zu ergänzen, indem wir die Vorschrift mit dem Wochenmarkte in Verbindung bringen. Das ostendere per tres marcas ist nämlich offenbar Abkündigung an drei hinter einander folgenden Markttagen, beginnend vom ersten Markttage nach dem gemachten Funde u. s. w.

---

nicht den Einspruch erheben können, „processuale Fristen beweisen nichts für Gerichtsfristen.“ Vollkommen willkürlich aber ist, daß er die vierzigtägige Beweisfrist, die er im „Delictsprocess“ findet, für entscheidend betreffs der Gerichtsfristen erklärt. Dem gegenüber ist erst recht zu sagen: processuale Fristen beweisen hier nichts.

Digitized by Google

image
not
available

die Lex Salica noch die Lex Ribuaria irgend welche Andeutung, ob der recipirende Gewährsmann, der eigenen, das Recht des Anefängers ausschließenden Eigenthumserwerb behauptet, den Beweis vor dem Wohnortsforum des belangten Inhabers oder vor dem seinigen zu liefern hat; und ob ihm also der Anefänger dorthin zu folgen hat, um jenen Beweis zu ermöglichen. Ich möchte indeß vermuthen, daß der Anefänger dazu wirklich verpflichtet gewesen ist. Beweise wie den in Rede stehenden konnte der Mann unter den damaligen Verhältnißen nicht wohl anders wie vor seiner heimischen Gerichtsstätte führen. Außerdem bleibt es ms. Es. auch völlig unerklärlich, wie sich in späterer Zeit die viel ausgedehntere Folgepflicht hat ausbilden können, wenn man sie für das älteste Recht nicht wenigstens in diesem beschränkten Umfange annimmt. Daran freilich ist ms. Es. dennoch nicht zu denken, daß die Folge stattgehabt habe, wenn der Gewährsmann Ausländer war, und nicht im königlichen Hofgerichte Recht nahm.

Was die Grundmaximen des altgermanischen Processes betrifft, so laßen sie sich in folgende 3 Säze formuliren:

1. In starrster Consequenz wird nur über die Begründetheit der Klagforderung verhandelt.[1])

2. Der Processbetrieb liegt alle Mal dem Fordernden ob.[2])

---

[1]) Die Einreden dagegen können formaler Natur sein — vrgl. die von Siegel, Gerichtsverf. I. 136 f., zusammengestellten Beispiele — oder sachlicher — vrgl. Siegel, a. a. O., SS. 138—140. Niemals aber kann im german. Process der Fall vorkommen, daß Einreden aufgestellt werden, die einem anderen Rechtsverhältniße entlehnt sind, wie das, worauf die Klage sich gründet. Vrgl. Siegel, a. a. O., SS. 140 ff. Compensation und eigentliche wie uneigentliche Widerklage sind dem german. Processe ganz fremd.

[2]) Man kann wohl mit Kaufmann (Deutsche Geschichte bis auf Karl. d. Gr., Bd. I, Leipzig 1880, 8°, S. 166) sagen: Die „Selbsthilfe" habe das Verfahren vor dem Richter beherrscht. Der Processbetrieb erscheint aber (Lex Sal., 1. 1; Lex Rib., 32. 1) sogar als Pflicht des Fordernden gegen den weigernden Schuldner. Die Weigerung des Schuldners bei der außergerichtlichen Mahnung ist Berufung auf richterliches Gehör wegen der in der Mahnung liegenden Beleidigung, und zwingt den Fordernden, seine Beschuldigung (Forderung) durch förmlichen Rechtsgang zu rechtfertigen. (Vrgl. auch die Parallelstellen zu Lex Rib., 32. 1 bei Sohm, Mon. G., Legg., V. 224, N. 43, sowie die dort angeführte Literatur.) Unter dem „Fordernden" der Thesis II darf übrigens nicht bloß der Kläger verstanden werden, sondern auch der Beklagte, so weit er Rechte geltend macht, die die Klagforderung ausschließen. Deshalb fällt der Betrieb des Gewährschaftszuges und Reinigungsbeweises ausschließlich dem Beklagten zu, und falls der Anefänger Agramitionsbesiz hat, sogar der ganze Processbetrieb.

image
not
available

verfahren voraufgehen muß, wodurch der eigentliche Gegenstand der Klage (Forderung) fixirt wird. Nur wenn ein praeparatorisches Vorverfahren wie das des Anefangs außerordentlicher Weise geboten ist, kann dies Mahnverfahren entbehrt werden. Es ergiebt sich daraus von selbst, daß das gerichtliche Hauptverfahren keinen anderen Zweck haben kann, als die Forderung, welche Gegenstand des Mahnverfahrens oder Vorverfahrens gewesen, zu justificiren. Aus dieser Tendenz des Hauptverfahrens ergiebt sich unmittelbar dessen Gestalt. Darüber enthalten Lex Salica und Ribuaria kaum ein andeutendes Wort; behalten wir aber streng die Tendenz des Verfahrens im Auge, so kommen wir von selbst zu dem schon früher (S. 127 f.) vertheidigten Ergebniß, daß es durch contradictorische Parteiverhandlung eröffnet, und durch Urtheil, bez. Urtheilserfüllungsgedinge beschloßen wird.[1]) Es giebt schlechterdings keine andere Art gerichtlicher Justification, wie das Urtheil. Daran ändert auch die zweizüngige Form des eigentlichen germa-

---

so lange man sich nicht für den Willkürherrscher des Gesezestextes hält. Zur Beglaubigung seiner Lehre stellt Sohm (S. 192) auch die folgende Behauptung auf: „Im Zweifel hat jezt" — scil. seitdem die „Amtsgewalt" in Folge der „Reichsgründung" eine so bedeutende processuale Potenz geworden ist — „jede Rechtssache sich den bisher nur für das Delict vorgeschriebenen Formen gerichtlicher Verhandlung zu unterwerfen." Das „im Zweifel", womit dieser Saz beginnt, erscheint mir inhaltsleer; davon aber ganz abgesehn, möchte ich wohl fragen, woher Sohm diesen Saz gewonnen hat? Ich weis nur, daß der „gerichtliche" Delictsprocess der Lex Salica selbst nichts anderes ist, wie eine Erfindung sohmscher Systematik. In Wahrheit ist Sohms Idee gradezu quellenwidrig (vrgl. Heusler, Institutionen, S. 48 f.); und die siegelsche Idee, der sie sich entgegenstellt, hat weit mehr Berechtigung. Nach Siegel (a. a. O., S. 1 u. SS. 30—35) haben die christlichen Bestrebungen Karls d. Gr. das germanische Gerichtsverfahren in eine neue Entwicklungsphase eingeführt. Unstreitig hat Siegel dafür auch positive quellenmäßige Thatsachen angeführt, so daß dieser Idee eine gewiße Berechtigung um so weniger abgesprochen werden kann, als sie auch innerlich wahrscheinlich genug ist. (Vrgl. Brunner, Schwurgerichte, S. 60.) Aber Sohms entgegengesezte Idee? Besten Falls könnte man darauf hinweisen, daß im königlichen Hofgericht sich ein neues Verfahren ausbildet, indem dasselbe sich als Court of equity neben das stricti juris judicium des Volksgerichts stellt. Ist aber dadurch „der Process der Lex Salica" verdrängt oder verändert? Im mindesten nicht. Der alte volksrechtliche, streng formale Process bleibt trozdem völlig unverändert bestehn. Vrgl. die ausgezeichneten Ausführungen von Brunner, a. a. O., SS. 43—75. Vrgl. übrigens auch Sohm, Fränk. R. u. Ger. Vf., S. 392, N. 6 a. E. und Process, S. 157 f. Ein beachtenswerther Widerspruch, der lediglich dadurch entstanden ist, daß Sohm die Thatsachen nicht so läßt, wie sie sind, sondern seiner Constructionstendenz unterwirft.

[1]) Beides nimmt auch Thonissen an. Vrgl. SS. 422—28 (bes. S. 428) u. 437.

Digitized by Google

image
not
available

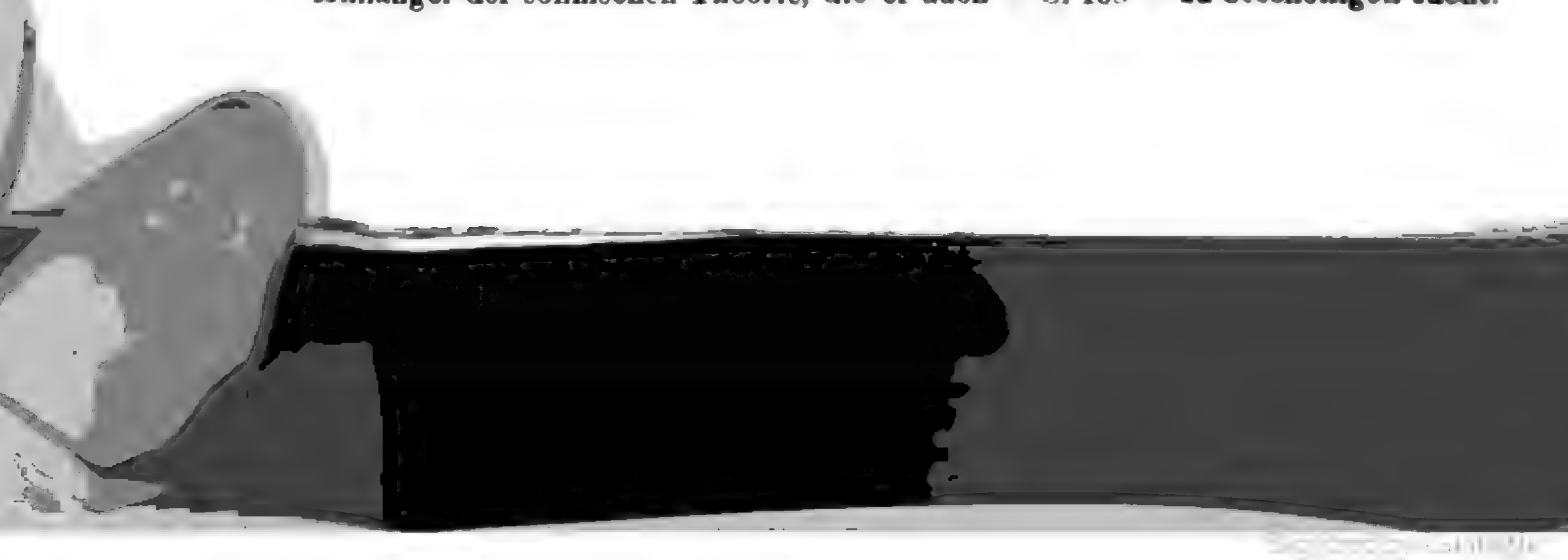
oben SS. 61 ff.) Vermuthlich ist dieser Ablehnung ebenfalls zunächst ein zweizüngiges Urtheil gefolgt, wonach der Gewährsmann „ôðswerian" mußte, bei Vermeidung für den Dieb zu gelten. Ob dann wider ein Afterding behufs der Eidesleistung folgte, mag dahingestellt bleiben; für wahrscheinlich halte ich es aber. Leistete nun der verurtheilte Gewährsmann wirklich den Eid, so muß ein declaratorisches Definitivurtheil ergangen sein, das den Beklagten für den Dieb erklärte, und ihm aufgab, die Streitsache cum legis beneficio zu restituiren. Leistete er den Eid nicht, so war er der Dieb, und der Beklagte hatte cum legis beneficio zu restituiren. Darüber konnte der klagende Anefänger vermuthlich sich declaratorische Definitivurtheile ertheilen laßen.

§ 2.
Die Sonnensezung.

Mehrmals habe ich bereits gesagt, daß Sohm zum Fundamente des „Processes der Lex Salica", bez. des altgermanischen „außergerichtlichen Executivverfahrens", dessen lezte Reste in die Lex Salica übergegangen sein sollen, den „Formalact" im strengsten Sinne macht. Die außergerichtlichen Processhandlungen gewinnen danach nicht bloß Rechtskraft durch ihre Form, sondern sie gewinnen durch diese auch absolute Rechtskraft, und ersezen eben durch ihre Form den „Amtsbefehl." Ich beginne die Darlegung meiner Theorie von der Sonnensezung mit der Bekämpfung dieser Formalacts-Theorie; denn meine Auffaßung der processualen Function der Sonnensezung stellt sich ihr völlig antipodisch entgegen, so daß der Gegensaz über beide desto helleres Licht verbreiten wird.

Den eigentlichen Ursprung der sohmschen Theorie suche ich in Siegels Auseinandersezungen (Gerichtsverf. I. 54 f. u. 72—74) über die altgermanische Contumaz.[1]) Siegel leitet sie ab aus dem Ungehorsam gegen den Willen des Ladenden, gegen die Manitio. Jeder, der so logisch consequent denkt wie Sohm, kann gar nicht anders, als von dieser Position aus zu der Theorie seines Formalacts zu kommen. Es giebt keinen anderen Weg, den contumaciellen Ungehorsam mit der stricten Verhandlungsmaxime in Einklang zu bringen, als dadurch, daß man die Manitio für einen Formalact im

[1]) Vergl. aber auch Siegel, a. a. O., SS. 131—136, und Brunner, Zeugen- und Inquisitionsbeweis, S. 6. Unverkennbar ist Kaufmann (a. a. O., S. 167) Anhänger der sohmschen Theorie, die er auch — S. 168 — zu beschönigen sucht.



sohmschen Sinne erklärt.[1]) Ist man aber erst so weit, dann ist jedes principielle Bedenken beseitigt, auch das Tangano, dieGanterklärung (nexti canthigio), den Anefang u. s. w. für „Formalacte" zu erklären.[2]) So kommt man zu einem Processe, der nichts als Form ist, und der sich gleich auf den ersten Blick als ein so ungeheuerliches Gebilde ausweist, daß sein Regime in praehistorische Zeit verwiesen werden muß.[3]) Der sohmsche Formalact schneidet jede eigentliche Rechtseinwendung ab; er umgarnt den Betroffenen wie die Spinne die Fliege; er sezt an Stelle des Rechtsganges das reine Raubsystem, das das Gefühl um so mehr empört, weil es sich der Form Rechtens bedient. Es ist der Ausgangspunkt, das πρῶτον ψεῦδος dieser Construction, was bekämpft werden muß; und das zwar durch eine richtige Theorie der Sonnensezung; denn es giebt keinen anderen Weg, sich vor dem sohmschen Formalacte zu retten. Nicht der Ungehorsam gegen die Manitio wirkt die germanische Contumaz, sondern das Unterlaßen der Vertheidigung gegen formgerecht erhobene Forderungen. Der Gemahnte, der es verschmäht, sich im gesezlichen Termine rechtmäßig gegen die Mahnforderung zu vertheidigen, giebt damit in Fehdesachen zu erkennen, daß er es auf die Fehde ankommen laßen will; in allen anderen Sachen aber, daß er keine Rechtseinwendungen gegen die Klagforderung hat; in beiden Fällen aber liegt in seiner Handlungsweise ein die Klagforderung rechtfertigendes Element. Beharrt der Beklagte in seiner Gleichgiltigkeit, so weist er sich überdies als Rechtsweigerer

---

[1]) Das ist von Sohm, Process, SS. 1—6 geschehn. Neben die manitio wird dort noch im Anschluß an Siegel (a. a. O., S. 71) die „testatio" als zweiter Formalact gestellt.

[2]) Vrgl. Sohm, a. a. O., S. 75; SS. 87—90; S. 151. Ferner SS. 16—18; 26—29; 35—37 u. s. w.

[3]) Nur der „Formalact" hat Sohm veranlaßt, in der Vorrede zu seiner Abhandlung über den Process der Lex Salica (S. V f.) diesem Processe willkürlich die Bedeutung einer vorgeschichtlichen Entwicklungsphase anzuweisen. Außerdem hat Sohm (S. 5 f.; S. 37 u. s. w.) versucht, seine Formalact-Theorie durch die Gleichgewichtigkeit der Processbußen einigermaßen plausibel zu machen. Wer jedoch erwägt, daß auch die Processbußen dem Regime des inhaltlosen Formalismus unterstellt sind, wird dadurch sich ebenfalls nicht blenden laßen. In der That springt denn auch die praktische Unmöglichkeit dieser Theorie so sehr in die Augen, daß diese Mittel, ihr Eingang zu verschaffen, wenig verfangen haben. Sie ist nichtsdestoweniger ziemlich allgemein zurückgewiesen. Vrgl. namentlich Thévenin, SS. 59—63, v. Bethmann-Hollweg, S. 474, N. 4, Löning, SS. 27—31 u. s. w. Sehr schön und treffend sind die Ausführungen „Solennitäten u. Symbole" von Heusler, Institutionen, SS. 69—71 u. 75. Dort ist auch (S. 71) die sohmsche Theorie (implicite) verworfen.

Digitized by Google

aus, und justificirt damit das Verlangen des Kläger
vollstreckung.[1]**) Diese beiden entscheidenden That**
zustellen, das ist nun die Function der Sonnensezung.
denjenigen, gegen den sie gerichtet ist, zum „jactivus“
fällig[3]**); und führt endlich, nachdem sie so oft, wie**

[1]) Siegel hat (a. a. O., SS. 54 f., 73 f. u. 220) den Saz
german. Recht habe Vollstreckung der Klageforderung (Schul
auf amtlichen Wege nur gekannt, wenn der Schuldner vorher ei
Urtheilserfüllungsversprechen abgegeben (fistucirt) habe. Dem hat
SS. 157—159) — und im Anschluß an ihn Thonissen, S. 490 —
Durch Löning dagegen ist (SS. 42—51; auch SS. 69 ff.) Siegel
neue in höchst scharfsinniger Weise vertheidigt. Er sucht quel
zuweisen, daß das Haupturtheil im altgerman. Process nicht in
zweizüngigen Weise den Beklagten in der Hauptsache der Kl
mäß verurtheilt habe, sondern nur dazu, dem Kläger seine Bu
Daraus aber schließt er, daß solche Fistucation überhaupt die
der amtlichen Zwangsvollstreckung gewesen sei. Der Schluß
richtig. Der Beklagte, der fistucirt, tritt damit überhaupt a
der Rechtsverweigerung heraus. Deshalb, aber nicht weil s
streckung nicht möglich wäre, verlangen die alten Quellen eben nur
Leztere braucht aber durchaus nicht bloß die Urtheilserfüllung
lung der verwirkten Buße zu arramiren, sondern kann sich se
Hauptforderung beziehn. Sprechendstes Beispiel ist in dieser
Sal., 52, wo sich der Leiher vor der Leihebuße rettet, wenn er
Zeit den Ersaz der res praestita fistucirt, falls er nicht in natura
bez. nicht zurückgewähren kann. Die Fistucation, das fidem
nicht die Vorbedingung der Zwangsvollstreckung vermöge Amts
sie ist das Heraustreten aus der Rechtsweigerung, und
läufigen Suspension der Vollstreckung mit Statshilfe. Leztere
ein, wenn der gesezliche Termin zur Erfüllung der fides facta
strichen ist.

Macht man die amtliche Schuldbeitreibung gegen den
von der „intercessio fistucae“ vollkommen unabhängig, so ist
im Stande, sie in Edict. Chilperici, c. 8 zu erklären. Und we
die Acht glauben an die Stelle der amtlichen Zwangsvollstre
können bei Leuten, die von Anfang bis zu Ende jactiv sind, so i
sagen, daß diese erst recht Schuldbeitreibung ist. Die damit v
mögensconfiscation kann vernünftiger Weise in erster Linie
Zweck verfolgen, wie die Befriedigung des Klägers wegen sein
rung. Überdies aber giebt die Acht, die in der alten fränkisch
nur in Fehdefällen (Lex Sal., 55. 2 u. 3; Lex Sal., 55 und Capit
wähnt wird, den Delinquenten auch der Fehde preis. Ohne Ac
fränk. Recht gar keine Blutrache (Fehde) mehr zuläßig gewes
daß eigentlich das fränk. Recht auch nicht mehr die Familie

[2]) So im wesentlichen schon Löning, S. 38 f., bes. N. 5
(Process, SS. 8; 14; 27; 38 ff.), Heusler (Beschränkung, S. 14) un
Hollweg (S. 474, bes. N. 4).

[3]) Vrgl. Anmk. I zu diesem Paragraphen.

Digitized by Google

vorschreibt — regelmäßig 3 Mal[1]) — widerholt ist, dazu, den Beklagten „legitime jactivus"[2]), d. h. definitiv sach- und bußfällig zu machen, und amtlicher Schuldbeitreibung auszusezen.

Die Sonnensezung dient aber nicht bloß als Instrument in der Hand des eigentlichen Klägers. Dieser kann ja selbst durch den Process dem Beklagten beweispflichtig, agramitionspflichtig u. s. w. werden, und dann hat der Beklagte das Recht der Sonnensezung auch gegen ihn, um dadurch zu constatiren, daß Kläger die ihm obliegende Leistung nicht machen kann oder will; daß er also frivoler Rechtsprätendent, daß seine Forderung und Klage Schwindel sind.[3])

Die Sonnensezung erwähnt von den Rechtsbüchern nur die Lex Salica; es ist indeß von selbst evident, daß sie integrirender Theil des germanischen Processes überhaupt gewesen ist. Und zwar ist sie naturgemäß integrirender Theil des Verfahrens vor dem erkennenden Gerichte, und nicht etwa auch des außergerichtlichen Verfahrens gewesen. Die leztere erhebliche Thatsache ist aber bisher vollkommen verkannt. Die Sonnensezung ist, wie gesagt, das Mittel der formalen Feststellung der Jactivität. Jactiv aber ist nach Siegel (a. a. O., S. 52) der, welcher an einem Tage, wo er handeln oder erscheinen soll, bis zum Sonnenuntergange die ihm obliegende Handlung nicht leistet, oder nicht erscheint. Daß das Handelu, bez. Erscheinen vor Gericht zu geschehn hat, ist also nach Siegel für die Jactivität vollkommen gleichgiltig.[4]) Da-

[1]) Das zu beweisen, ist hier nicht nothwendig. Zu bemerken ist höchstens, daß es nicht durch Gregor. Tur., VII. 23 und die dreitägige Dauer der Sonnensezung zu beweisen ist, die spätere Quellen, wie z. B. Form. Andecav. 13 u. 14 (Zeumer, S. 9) erkennen laßen; eine Ansicht, die ehedem G. L. v. Maurer (Gerichtsverfahren §§ 45 u. 48, S. 54 u. 56 f.) ausgesprochen hat. Das Echtding oder Folkgemôt dauerte jedes Mal 3 Tage. (Heusler, Institutionen, S. 57 f.); daher diese dreitägige Sonnensezung. Siegel hat dieselbe (a. a. O., S. 52, N. 7) zu einer Besonderheit des königlichen Hofgerichts machen wollen, wogegen mit Recht Sohm (Fränk. R. u. Ger. Vf., S. 363) und Waitz (VG., II. 2^3, S. 141) opponiren. Selbstverständlich war die dreitägige Sonnensezung nur eine einmalige; und die Sonnensezungen, die vor dem Marktgericht vorgenommen wurden, waren weder dreitägig, noch konnten sie es bei der eintägigen Dauer des Wochenmarkts sein.

[2]) Vrgl. Anmk. I.

[3]) Dann wird der Kläger — nach Lex Sal., 1. 2 u. Lex Rib., 32. 1 — selbst jactivus.

[4]) Scheinbar wird Siegels Definition durch Form. Lindenborg. 169 (Zeumer, S. 282, Nr. 21) bestätigt; aber nur scheinbar. Der negligens wird dort zu-

nach ist der Fall der außergerichtlichen Sonnensezung sehr wohl denkbar; und von hieraus kommen v. Meibom und Sohm in der That dazu, außergerichtliche Sonnensezungen in der Lex Salica zu finden. Einer dieser Fälle, mit dem übrigens v. Meibom nichts zu thun hat, ist die Sonnensezung in Tit. 37, Saz 3[1]), welcher der Forschung überhaupt viel zu schaffen gemacht hat. Mit dessen Besprechung werde ich diesen Paragraphen schließen; und dabei wird sich zur Evidenz herausstellen, daß jene Sonnensezung ein gerichtlicher Act ist. Ein zweiter Fall, den v. Meibom (S. 73) und Sohm (a. a. O., S. 29 f.) als außergerichtliche Sonnensezung bezeichnen, ist derjenige in Tit. 50. 2, und Sohm hat endlich noch (a. a O., S. 35) als dritten Fall den des Tit. 52 hinzugefügt.[2]) Im übrigen erkennt er (a. a. O., S. 158) sowohl für die Lex Salica, wie auch sonst den gerichtlichen Charakter des Sonnensezungsactes an.[3]) Auf die Fälle außerhalb der Lex Salica werde ich sogleich eingehn. Die Erläuterung von Tit. 50 u. 52 erfordert indeß so

---

gleich jectivus genannt, nicht weil beide Worte synonym sind, sondern weil er vorher bereits wegen seiner negligentia vor dem grundherrlichen Gerichte belangt ist, sich dort aber als vor einem unzuständigen Gerichte nicht gestellt hat. Andere Urkunden kann Siegel ms. Ws. nicht für sich anführen.

[1]) Vrgl. Sohm, Process, S. 87.

[2]) Außerdem beruft er sich auch noch (Process, S. 30, N. 26) auf Sachssp., III. 40, 1. Abgesehn davon, daß Säze des späteren Schöffenrechts überhaupt nur sehr bedingte Beweiskraft für das alte Recht haben, kann indeß diese Stelle (und Sachssp., II. 5, 2) hier deshalb nichts beweisen, weil sie gar nicht von Sonnensezung spricht. Beide Stellen fixiren lediglich den Saz, daß der Verfalltag mit Sonnenuntergang zu Ende gehe; und daß folglich der Gläubiger bis dahin zur Annahme verpflichtet ist; keineswegs aber persönlich oder gar als Sonnensezer, sondern auch durch seine Hausleute. Ein Anklang an die Sonnensezung ist nur dadurch in die Stellen gekommen, daß sie auch den Fall vorsehn, wo Gläubiger und Schuldner nicht in ein und demselben Gerichtssprengel wohnen. In diesem Falle braucht der Schuldner die Zahlung dem Gläubiger nicht ins Haus zu bringen, sondern kann (im Wege der Kündigung) die Empfangnahme „to des richteres nesten hus“ verlangen, d. h. in dem Hause im Gerichtssprengel des Gläubigers, was dem Gerichtssprengel des Schuldners am nächsten liegt. Aber auch hier kann durchaus von keiner Sonnensezung die Rede sein; es wird betreffs der Empfangnahme genau ebenso gehalten, wie im vorigen Falle.

[3]) Abgesehn von den bezeichneten 3 Stellen kommt die Sonnensezung in der Lex Salica noch vor: Tit. 40. 7; 8 u. 10, wozu zu vergl. Thonissen, SS. 520—31; Tit. 56. 1 u. 2 u. Tit. 57. 1 u. 2. Ferner will sie Sohm (Process, S. 17) auch in Lex Sal., 45. 2 annehmen, was ich für unrichtig halte. Die Gründe meiner abweichenden Ansicht will ich jedoch hier nicht weiter entwickeln, da es sich in jenem Falle auch nur um gerichtliche Sonnensezungen handeln würde, wenn Sohm Recht hätte.

Digitized by Google

umfangreiche Auseinandersezungen, daß ich sie in eine besondere Anmerkung verwiesen habe.[1]) Hier will ich mich auf eine ganz kurze Bemerkung beschränken, die es recht augenfällig machen wird, daß grade Tit. 50 und 52 ganz besonders geeignet sind, meine Theorie von der Sonnensezung im Ganzen zu bestätigen, und insbesondere auch die Thatsache, daß die Sonnensezung ein gerichtlicher Act ist.

Wer in den Sonnensezungen von Tit. 50. 2 und Tit. 52 außergerichtliche Acte sieht, die in oder vor der Behausung des Schuldners vorgenommen werden, der muß — mit Sohm und v. Meibom — von der Voraussezung ausgehn, der Gläubiger seze lediglich zu dem Zwecke die Sonne, um festzustellen, daß der Schuldner seine Schuldigkeit nicht erfüllt habe. Wie kommt es aber dann, daß nicht nur eine dreimalige Sonnensezung vorgeschrieben ist, sondern daß die widerholten Sonnensezungen auch jedes Mal am Markttage vorgenommen werden müßen[2]), so daß dem Schuldner immer genau eine Woche Frist gelaßen wird zwischen jeder Sonnensezung? Hierauf giebt es von Sohms und v. Meiboms Standpunkte aus schlechterdings keine befriedigende Antwort, sondern nur von dem meinigen. Die Weigerung des Schuldners, der Mahnung[3]) in seinem Hause nachzukommen, gilt für Berufung auf gerichtliches Gehör. Das drückt am einfachsten der Saz aus, daß der Mahner selbst (nach Lex Sal., 1. 2 u. Rib., 32. 1) jactiv wird, falls er den gerichtlichen Termin zur Justificirung der Mahnforderung versäumt. Daraus, und daraus ganz allein, erklärt sich die Sonnensezung nach der Mahnung in Tit. 50. 2 u. 52. Der Mahner muß dem Gemahnten die Möglichkeit des gerichtlichen Gehörs gewähren. Der Gemahnte kann unzweifelhaft im Sonnensezungstermine die Sache noch dadurch aus der Welt schaffen, daß er den Mahner befriedigt. Hat er aber Rechtseinwendungen, so braucht er das nicht, sondern ist berechtigt, sich in jenem Termine zu vertheidigen. Ich bemerke ausdrücklich, daß diese Möglichkeit auch noch dem verganteten Schuldner des Tit. 50. 2 verbleibt Ich werde in Anmerkung II zeigen, daß der dortige Gantspruch nichts weiter bezweckt, als der

[1]) Vrgl. Anmk. II zu diesem Paragraphen.

[2]) Daß Tit. 52 in dieser Beziehung mit Tit. 50. 2 vollkommen conform ist, wird Anmk. II zu diesem Paragraphen zeigen.

[3]) Ich gebrauche mit Vorbedacht dies Wort, das Siegel (a. a. O., S. 76), Sohm (Process, S. 156) und Thonissen (S. 489) hier verbannt wißen wollen, weil keine „mannitio", sondern „testatio" vorliege. Anmerkung II wird mich (und v. Maurer, Gerichtsverfahren. § 44, S. 53, gegen den sich Siegels Bemerkung richtet) vollständig rechtfertigen.

Digitized by Google

Forderung vermögensrechtliche Wirkung zu verleihen. Deshalb muß auch das Mahnverfahren nach dem Gantspruche wider aufgenommen werden. Aus dem dargelegten Zwecke der Sonnensezung in den beiden Tit. 50. 2 u. Tit. 52 ergiebt sich auch von selbst, weshalb einmalige Sonnensezung nicht genügt, sondern deren drei erfordert werden. Es kann immerhin sein, daß der Schuldner durch Echtnoth verhindert war, seine Rechtseinwendungen in den beiden ersten Terminen anzubringen, ohne doch in der Lage zu sein, die Echtnoth vorschriftsmäßig zu melden. Bei drei Terminen aber ist solche Annahme unmöglich; jezt steht der Schuldner als wirklicher Rechtsverweigerer da. Demgemäß wird auch die 15 Schillingbuße, welche der Schuldner (nach Tit. 50. 1) durch Nichtbeachtung des Verfalltages verwirkt, erst definitiv, durch die 3te Sonnensezung. Diese macht den Schuldner „legitime" jactivus. Deshalb erwähnt auch Tit. 52 die 15 Schillingbuße erst nach der 3ten Sonnensezung.[1])

Das hiermit gewonnene Ergebniß bestätigen die sonstigen Quellenzeugniße über die Sonnensezung, insbesondere die hierher gehörigen Formeln im vollsten Maße.[2]) Es sind: Andecavens., Nr. 12—14 (Zeumer, S. 9); Nr. 16 (Zeumer, S. 10); Nr. 53 (Zeumer, S. 23); Marculfin., I. 37 (Zeumer, S. 67); Turonens., Nr. 33 (Zeumer, S. 155). Alle diese Formeln sind Formulare zu sogen. Notitiae, d. h. gerichtlichen Attesten über gerichtlich processuale Handlungen.[3]) Ihr Inhalt läßt auch keinen Zweifel darüber, daß es sich um Vornahme eines Processacts vor Gericht gehandelt hat. Der Processbetreiber, welchem die Notitia ausgefertigt wird, hat vor Richter und Schöffen Vortrag darüber gehalten, in welchem Rechtshandel er erschienen, welchen Gegner, und zu welchem Behufe er erwarte; und Abends beim Sonnenuntergange[4])

[1]) Ich kann nicht mit Löning (S. 54) annehmen, daß Tit. 52 der 15 Schillingb. eine falsche Stelle anweise. In gewißem Betracht hat sowohl Tit. 50. 1 wie Tit. 52 Recht. — Die drei Schillingbußen sind nicht eigentliche Jactivitätsbußen, sondern sogen. Fatigationsbußen.

[2]) Vom Capit. Salic., II. 8 (Boretius, bei Behrend, Lex Salica, SS. 95—97), ms. Ws. der einzigen Urkunde, die außer den Formeln und der Lex Salica von der Sonnensezung spricht, will ich ganz absehn. Es ist zu unleugbar, daß die Sonnensezung dort lediglich dem von mir bezeichneten Zwecke dient.

[3]) Vergl. über die Notitia Brunner, RG. d. Urkunde, I. 212 u. 241—44; Sohm, Auflaßung, S. 97, bes. N. 26 und Heusler, Institutionen, S. 87 f.

[4]) Daher der Name Sonnensezung, worüber zu vergl. Jac. Grimm, Vorrede, S. VII. — Daß der Sonnensezungsact beim wirklichen Sonnenuntergange vorgenommen wurde, bestätigen nicht nur die Formeln, sondern auch Gregor Turon., VII. 23 a. E. Vrgl. auch Siegel, a. a. O., S. 53, N. 13 u. S. 54, N. 14.

Digitized by Google

hat er im Angesichte des Gerichts constatirt, daß sein Harren vergeblich gewesen. Daraufhin hat er um Urtheil betreffs der Jactivität des Gegners gebeten, sich dann, nachdem es erfolgt war[1]), die Notitia ausstellen laßen, und — wie Lex Rib., 32. 3 erkennen läßt[2]) — unter den Schöffen selbst Jactivitätszeugen gezogen, mit denen er das weitere Verfahren betrieb.

Die hier entwickelte Theorie von der Sonnensezung bewährt sich, wie schon gesagt, in vollstem Maße an Lex Sal., 37, Saz 3, mit dessen Besprechung ich nun den Paragraphen schließe.

Siegel hat sich gezwungen gesehn (a. a. O., S. 47), das „solem secundum legem — d. h. im gesezmäßigen Termine u. s. w. — collocare“ in unserer Stelle gar nicht von einer Sonnensezung zu verstehn, sondern von einer Terminsezung.[3]) Der Anefänger hat nach ihm

---

Die Regel gilt auch noch für späteres Recht. (Vrgl. Planck, S. 121 f.) Dagegen spricht nicht etwa Sachssp., III. 61, 4; denn dort wird nur die Zeit angegeben, wie lange die Dingleute auf die Ankunft des Richters zu warten haben.

[1]) Die Notitia ist eine Bescheinigung, der ein Jactivitätsurtheil voraufgegangen ist. Das hat bereits G. L. v. Maurer (D. altgerman. u. s. w. Gerichtsverfahren u. s. w., Heidelberg 1824, 4°, S. 54 f.) im wesentlichen richtig erkannt. Siegel leugnet dagegen (a. a. O., S. 54 f.) die Existenz des german. Contumacialurtheils; und Sohm, der (Process, S. 159) allerdings die Möglichkeit des Jactivitätsurtheils zugiebt, hat sich doch insofern (a. a. O., S. 13 u. 167) Siegels Ansicht angeschloßen, als er jenes Urtheil für juristisch bedeutungslos erklärt, und dafür wider alles auf den Formalact stellt. Dagegen ist schon Behrend (Z. Proc. d. Lex Salica, S. 67) aufgetreten; und ich kann nur zugeben, daß dem altgerman. Process das Contumacialurtheil im *heutigen* Sinne fremd gewesen ist; und daß das Jactivitätsurtheil lediglich den Charakter des declaratorischen Nebenurtheils gehabt hat, den ihm auch Sohm (S. 159) zuschreibt. Lezteres hat aber auch wirklich einen wesentlichen Bestandtheil des Verfahrens gebildet. Das sezen mir gewiße Wendungen der Geseze und Formeln völlig außer Zweifel. So z. B.: „solidos 15 super debitum, quod, fidem fecit, culpabilis *judicetur*“ (Lex Sal., 50. 2); *jubemus*, ut quicquid lex loci vestri de tali causa edocet, vobis distringentibus antedictus ille .... componere et satisfacere non recuset“ (Mark., I. 37); „solidos 15 culpabilis *judicetur*“ (Lex Sal., 52).

[2]) Daß der Sonnensezer unter den Schöffen selbst seine Zeugen ziehn muß, bez. im Falle von Lex Rib., 32. 3 alle sieben Schöffen als Zeugen ziehn muß, läßt sich aus sehr vernünftigem Grunde erklären. So wurde auf die sicherste Weise festgestellt, daß die Sonnensezung vor dem competenten Gericht bewirkt war. Sohm behauptet freilich noch heute (Mon. G., Legg. V, S. 225, N. 44) unsere Raginburgen seien ebenso wenig wie die in Lex Sal., 50. 3 wirkliche Schöffen, sondern bloße Dingleute. Die Art aber, wie er das (Fränk. R. u. Ger. Vf., S. 81 u. S. 373, bes. N. 4) motivirt, kann für den keine Ueberzeugungskraft haben, der Sohm nicht à tout prix als Autorität anerkennt.

[3]) Unbegreiflich ist mir, wie Siegel das gekonnt hat, da er (S. 54, N. 15) ausdrücklich gegen G. L. v. Maurer (a. a. O., S. 51 f.) die Bedeutung von Terminsezen für solem collocare (im Gegens. z. solsadire, Sonnensezen) bestreitet.

dem Inhaber einen Termin zur Vornahme des „Dritthandsverfahrens" zu sezen. Wenn er anstatt dessen ohne weiteres zugreife, meint Siegel, dann bedrohe ihn Saz 3 mit Diebstahlsbuße. Dagegen hat bereits Sohm (a. a. O., S. 87) eingewandt, der technische Ausdruck solem collocare könne unmöglich an dieser vereinzelten Stelle in dem abnormen Sinne von Terminsezen gebraucht sein. Es muß aber noch hinzugefügt werden, daß der Anefänger gar nicht in der Lage ist, den von Siegel bezeichneten Termin zu sezen. Ich habe (SS. 117 ff.) gegen Siegel und Sohm gezeigt, daß Saz 3 Agramitionsbesiz auf Seiten des Anefängers voraussezt. Nicht er, sondern grade der belangte Inhaber betreibt also das Dritthandsverfahren, und zwingt — eben durch das Agramitionsversprechen — den Anefänger, sich samt dem streitigen Thiere im gesezlichen Termine einzufinden. Das aber hat Sohm ebenfalls nicht erkannt, und deshalb auch seinerseits unsere Sonnensezung (Process, SS. 87—90) als eine solche gedeutet, die nur der freiwilligen Herausgabe des streitigen Thieres gelte, und in (oder vor?) der Behausung des Inhabers vorgenommen werde.[1]) Wird die Erwartung des Sonnensezers getäuscht, so zieht er — nach Sohm — vor Gericht, und läßt sich durch einen Act wie die Ganterklärung in Lex Sal., 50. 2 zum Zugreifen autorisiren. Vorher aber ist der Inhaber schon an Händen und Füßen durch den „Formalact" des Anefangs gebunden.

Daß das verfehlt ist, liegt auf der Hand.

Ich kann in unserer Sonnensezung schlechterdings nur einen gerichtlichen Act sehn. Der Anefänger hat bereits Besiz des verfolgten Thieres ergriffen. Aber der entwehrte Inhaber hat es für sich „reclamirt", indem er behauptet, es auf öffentlichem Markte durch Kauf oder Tausch erworben, und darüber auch Heimelborgzeugniß zu haben. Dadurch ist der Anefänger eben zur Agramition gezwungen. Er muß also mit dem geanefangten Thiere an dem Tage, wo der entwehrte Inhaber seine Beweise vor Gericht zu führen hat, sicht dorthin begeben. Erscheint der Inhaber dort nicht, so hat er ihm vorschriftsmäßig die Sonne zu sezen. Damit ist der Process definitiv gegen den früheren Inhaber entschieden. Jezt verwandelt sich daher der bloße Agramitionsbesiz in Eigenthumsbesiz, und der frühere Inhaber büßt überdies seine Jactivität mit der Diebstahlsbuße. Bleibt dagegen der Anefänger im Termine aus, oder unterläßt er auch nur, das geanefangte Thier mitzubringen, so hat umgekehrt der frühere Inhaber ihm die Sonne zu sezen;

[1]) Dem haben sich angeschloßen v. Bethmann-Hollweg (S. 483, bes. N. 17), sofern ich ihn richtig verstehe, und Thonissen, S. 534.

und nunmehr ist er der unterliegende Theil. Er hat das agramirte Thier wider herauszugeben und überdies seine Jactivität mit der Diebstahlsbuße von 30 Schillingen zu büßen. Wäre er zur Stelle gewesen mit dem streitigen Thiere, so würde dagegen das Urtheil ergangen sein, wie es mit dem angebotenen Heimelborgbeweise u. s. w. zu halten sei. Die Glosse bezeichnet daher auch das contumacielle Verhalten des Anefängers als „Hinwegsezung über das Urtheil"; eine Thatsache indeß, die an dieser Stelle nicht mehr bewiesen werden kann.[1])

Anmerkung I.

Das Adjectiv. jactivus u. s. w. (vrgl. Siegel, Gerichtsverf., I. 52) kann unmöglich mit Wiarda (Gesch. u. Auslegung d. salisch. Gesezes u. der malberg. Glossen, Bremen und Aurich 1808, 8°, S. 201) und Rogge (Üb. d. Gerichtswesen d. Germanen, Halle 1820, 8°, S. 20) vom deutsch. jehen, bejahen abgeleitet werden. Ich bin vielmehr (mit Waitz, D. alt. R. d. salisch. Franken, S. 297) vom romanisch. Ursprunge des Wortes überzeugt, und leite es (mit Thévenin, S. 39, N. 3) von jactare (wegwerfen) ab.

G. L. v. Maurer hat (a. a. O., S. 49 § 41) jactivus durch „ungehorsam" übersezt; und dem haben sich — nach dem Vorgange von Siegel (S. 52, N. 6) — angeschloßen Sohm (Process, S. 167, N. 9), Gengler (Glossar, s. v.), Behrend (Z. Process d. Lex Salica, S. 84, N. 2 u. Lex Salica, Wortregister, s. v.), v. Bethmann-Hollweg (S. 516), Löning (S. 62, N. 3) und Thévenin (S. 39), so daß man behaupten kann, die herrschende Ansicht in diesem Punkte ist heute die maurersche. Diese Übersezung scheint mir indeß schon etymologisch bedenklich, noch weit mehr aber sachlich, weil, wie (S. 170 f.) gezeigt, der Begriff „ungehorsam" nicht zum german. Contumacialverfahren passt. Vor mir hat nun Waitz (a. a. O., S. 181, N. 1)

---

[1]) Ohne Klarheit spricht Jobbé (S. 54) über die Sonnensezung des Tit. 37. Er (und nach ihm Poincaré, S. 41) sieht darin allerdings einen gerichtlichen Act; da ihm aber der Inhaber, welcher mit rechtzeitig geglückter Spurfolge überführt ist, zum handhaften Diebe wird, so bezieht er Saz 3 hier — im Widerspruch mit seinen eigenen Ausführungen auf S. 33 — ausschließlich auf den Fall verspätet geglückter Spurfolge (Tit. 37, Saz 2), und läßt demgemäß den Inhaber, nicht den Anefänger, im Besiz sein. Zweck der Sonnensezung ist nach Jobbé hier ausschließlich die Herausgabe des Thieres. Seine Ansicht ist also im wesentlichen die sohmsche, die er in recht unklarer Weise emendirt hat.

ebenfalls schon v. Maurers Übersezung, wenngleich aus unzureichenden Gründen, beanstandet, und ihr (a. a. O., S. 257) die Übersezung „schuldfällig" entgegengesezt, die er, S. 181, N. 1, noch näher dahin erläutert, daß man sieht, er meint definitv sachfällig, so daß der Zwangsvollstreckung kein Hinderniß mehr entgegensteht. Aber auch das ist etymologisch unbefriedigend, und passt sachlich höchstens auf die beiden Jactivitätsfälle der Lex Salica, Tit. 50. 3 u. 51. 1, die Waitz auch allein ins Auge gefaßt hat. Wir besizen indeß Urkundenzeugniße genug, nach denen auch der klagende Forderer jactiv werden kann, von dem sich doch innerhalb des altgerman. Processes unter keinen Umständen sagen läßt, er sei „schuldfällig" im Sinne von Waitz. Ich kann nur eine Bedeutung für jactivus finden, die ebenso auf die beiden Fälle der Lex Salica passt, wie auf die übrigen, wo es in den Quellen vorkommt, und die sich auch etymologisch recht gut erklären läßt. Diese Bedeutung ist „weddehaft" (Sachssp., II. 6, 3 u. III. 39, 3).

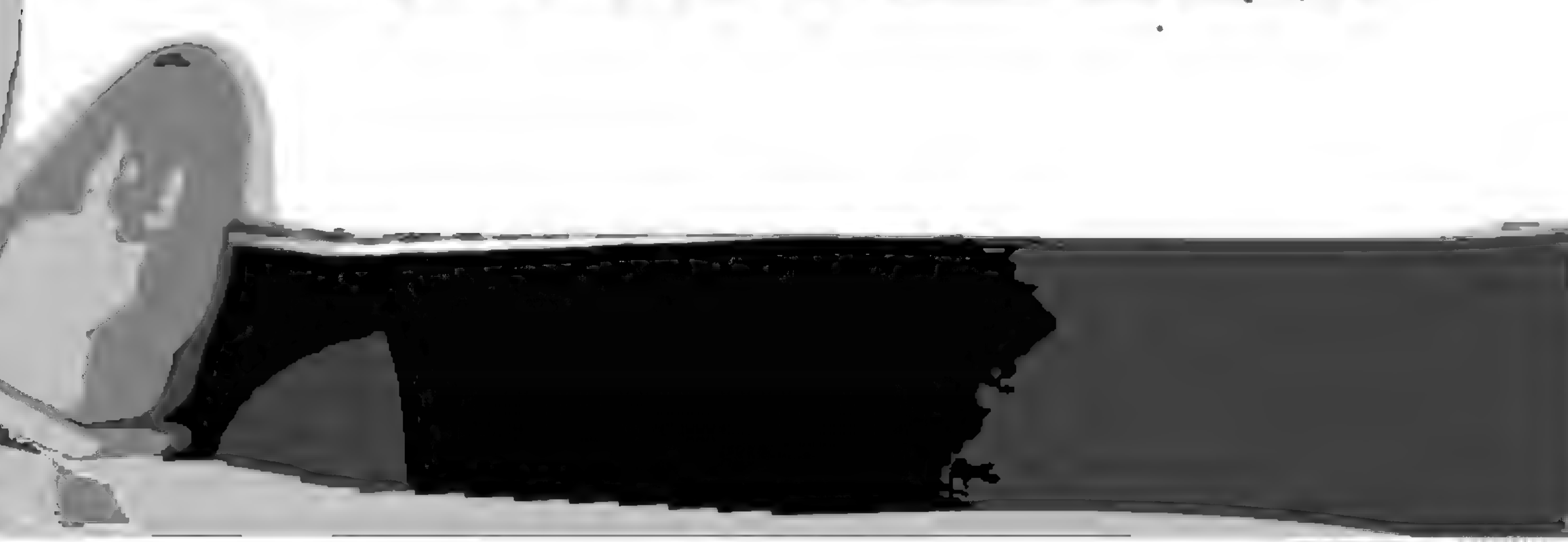
Erledigen wir zunächst den sprachlichen Punkt.

Bei den Germanen ist es offenbar Sitte gewesen, das Geld, womit gezahlt wurde, in ein metallenes Becken zu werfen, damit es sich durch seinen Klang als echt ausweise. Solches zahlen nennen daher die Angelsachsen torfian, turfian, werfen (Leo, Angelsächs. Glossar, 2 Abtheilgn., Halle 1872 u. 77, Lex 8°, S. 231, Z. 10 ff.[1]), die Franken in ihrer latein. Gesezessprache „jactare". So z. B. Lex Rib., 58. 1, Text B: „nullus tabularius dinarium ante regem praesumat jactare", wo Text A das denarium jactare in dinariare, einen Denar zahlen (Gengler, Glossar, s. v. denarius), zusammenzieht.[2]) Jactivus bezeichnet demnach einen, der zum jactare in diesem Sinne verpflichtet ist.[3]) In genauester Übereinstimmung

[1]) Daher das — von Schmid verkannte — femin. torfung, conjectura, Schoßung in Ädlst., VI. 6, 3 (Schmid, S. 162). Vrgl. Hermann, Ständegliederung, S. 145. Vrgl. ferner die von Jac. Grimm, RA., S. 77 mitgetheilte Stelle aus Saxo Grammaticus.

[2]) Ich vermuthe, daß die Germanen die Sitte des Werfens des Geldes von den Römern angenommen haben; denn schon Gregor v. T. nennt Geldbeiträge, Contributionen, VI. 45 (Mon. G., Scriptt. rer. merowingicar., I. 1, S. 285) conjecturae. Vrgl. dazu Waitz, VG., II. 2³, S. 296, bes. N. 3. Henr. I, c. 68 § 3 (Schmid, S. 469) wird die gemeinsame Zahlung des Wergeldes durch die Mägð des Töters „were conjectare" genannt.

[3]) Das verb. jactare bedeutet bekanntlich auch preisgeben. Hätte man also freie Bahn, so könnte man jactivus auch für die Bezeichnung dessen halten, der seine Sache „preisgiebt". Dem widersprechen indeß die in der vorigen Note angeführten Beispiele, und noch entschiedener Edict. Chilper., c. 8.



hiermit wird das Contumacialgewedde (Buße und fredus, Wedde i. e. S., zusammengenommen), in Edict. Chilperici, c. 8 (Boretius, Capitularia, S. 9) gradezu jectus genannt.[1])

Eben diesen Sinn hat das Wort auch an den beiden Stellen, wo es die Lex Salica gebraucht, Tit. 50. 3 und Tit. 51. 1, die ich nun noch kurz erläutern will.

Sie gehn beide davon aus, daß dem Schuldner die Sonne gesezt, und daß er eben in Folge dessen jactiv ist. Bloße Jactivität schafft aber noch keine Vollstreckbarkeit, sondern diese tritt, und zwar sowohl wegen der Bußen wie auch wegen der Hauptforderung, erst ein mit endgiltiger Jactivität. Der Gläubiger in Tit. 50. 3 verlangt nun aber Vollstreckung, und muß deshalb endgiltige Jactivität des Schuldners behaupten, bez. beweisen.[2]) Deshalb läßt ihn Tit. 50. 3 nicht einfach sagen: „homo ille, quem habeo jactivum", sondern er substanziirt[3]) dort seinen Antrag umständlicher mit den

---

[1]) Vrgl. ferner die oben S. 173 f., N. 4, besprochene Form. Lindenbrog. 169.

[2]) Über die Art des Beweises s. die folgende Note; hier sollen vorerst ein Par Einwürfe beseitigt werden, die gegen die Annahme, als müße der Gläubiger seine Behauptung beweisen, überhaupt zu sprechen scheinen.

a) Nach Tit. 50. 3 hat der Antragsteller dem Grafio dafür Sicherheit zu stellen, daß er „securus" Hand an das Vermögen des Schuldners legen könne. Besteht die Securitas nicht in der Versicherung, daß der Schuldner wirklich executionsreif ist? So haben es in der That Siegel (a. a. O., S. 247) und Sohm (Process, S. 168 f.) verstanden; aber freilich, ohne sich darüber auszusprechen, wie es kommt, daß trozdem Tit. 51. 1 gar nichts von entsprechender Verantwortlichkeit des Grafio, sondern lediglich von der des Klägers weis. Die Securitas des Grafio kann sich unter solchen Umständen gar nicht auf den von Siegel und Sohm bezeichneten Punkt richten; und in der lezten Note zu dieser Anmerkung werde ich auch zeigen, daß sie eine ganz andere, eine fiscalisch vermögensrechtliche Richtung hat.

b. Ist die Verantwortlickeit des Klägers in Tit 51. 1 nicht aber Beweis, daß lediglich auf Grund der Thatsache vorgegangen ist, daß er die von Tit. 50. 3 geforderte Sicherheit gewährt hat? Nein; diese Verantwortung läßt sich mit dem von mir behaupteten Beweise der definitiven Jactivität reimen. Tit. 51. 1 sezt voraus, daß der Gläubiger den Grafio und die Raginburgen in ein Haus führt, dessen Hausherr überhaupt nicht sein Schuldner ist; und das kann geschehn, wenn auch wirklich die Thatsache vorher unzweifelhaft festgestellt ist, daß der und der executionsreifer Schuldner des Klägers ist. Dieser executionsreife So und So wohnt nur wo anders, wie der Mann, zu dem der Gläubiger die Gerichtsleute geführt hat. Der executionsreife So und So colludirt vielleicht mit dem Kläger, um den Unschuldigen zu ruiniren, den dann der Kläger während seiner Abwesenheit mit der Pfändung heimsucht.

[3]) Constatirt wird die Thatsache durch Schöffenzeugniß. Vrgl. Lex Rib., 32. 2 u. 3 und Edict. Chilperici, c. 8; Bestimmungen, die Sohm unrichtig als neues Recht behandelt.

Worten: „homo ille mihi fidem fecit, quem legitime habeo jactivo aut admallatum in hoc quod lex salica continet.“

Siegel (a. a. O., S. 245, N. 1), v. Meibom (SS. 71—74; 194 f.) und Sohm (Process, S. 32 f.) behandeln die Worte „in hoc quod l. s. c.“ wie wenn sie gar nicht dastünden, und ziehn dafür legitime zu admallatum. Das Wort gehört indeß entschieden zu jactivo(m) und hat dort seine gute Bedeutung. Es drückt eben aus, daß die Bußfälligkeit endgiltig feststeht, d. h. daß der Beklagte „ad strudem legitimam“ admallatus ist, wie Lex Rib., 32. 3 umschreibt. Der Saz: „aut admallatum in hoc quod lex salica continet“ enthält dann noch einen zweiten Substanziirungspunkt.

Waitz und Wilda[1]) haben geglaubt in admallare stecke etwas vom „fidem facere“; und Waitz insbesondere hat diese Ansicht durch die ausdrückliche Erwähnung des fidem facere neben dem admallare in Tit. 51. 1 bestätigt gefunden. Dem ist schon von Siegel (S. 246, N. 2) mit Recht widersprochen; und meine Auseinandersezungen in Note 2, S. 181 zeigen, daß die Erwähnung des fidem facere in Tit. 51. 1 einen Grund hat, der das Argument von Waitz nicht zuläßt. Siegel selbst hat admallare (S. 64) für identisch erklärt mit mannire; im Widerspruch damit aber (Seite 245 f., bes. N. 1) aus unserem admallatus einen Mann gemacht, dem die Sonne gesezt ist. Die leztere Deutung ist indeß mit dem Wortbegriff von admallare unvereinbar; und auch die erstere, die übrigens von v. Bethmann-Hollweg (S. 516), Behrend (Z. Process d. Lex Salica, S. 84 f., bes. N. 2 u. Lex Salica, Wortregister, s. v.) und Löning (S. 53 f.) acceptirt ist, ist nicht richtig. Richtig kann ich nur die Deutung „ansprechen“[2]) finden, von der auch Sohm (Process, S. 27 u. 32 f.) ausgeht. Von da aus komme ich aber nicht mit Sohm zu der Erklärung „gerichtlich ansprechen“, d. h. verklagen, sondern zu der folgenden. Nach Lex Sal., 52 hat der Verleiher den Leiher um Rückgabe der geliehenen Sachen zu mahnen, indem er ihm sagt: „in hoc eas teneas nocte proxima, quod saliga lex continet“. Von solcher Ansprache ist auch hier die Rede, wie schon der Zusaz: „in hoc quod lex saliga continet“ hinter admallatum

[1]) Vrgl. über beide Waitz, D. alte R. d. salisch. Franken, S. 181, N. 1 und Siegel, a. a. O., S. 246, N. 2. Der Ansicht von Waitz und Wilda ist übrigens v. Bethmann-Hollweg, S. 516 beigetreten.

[2]) Darauf weist auch entschieden das ags. onmâlan, alloqui, annunciare hin, was genau dem fränk. admallare entspricht. Vrgl. auch Müllenhoff über mallus und mallare bei Waitz, D. alte R. d salisch. Franken, S. 289.

Digitized by Google

beweist.[1]) Dieser Zusaz besagt nur, der Gläubiger habe den Schuldner daraufhin (in hoc) angesprochen, daß er das thun solle, was das Recht der Salfranken (lex salica) vorschreibt (continet, habet u. s. w.[2]). Mit anderen Worten, der Gläubiger hat nach Tit. 50. 3 dem Grafio ausdrücklich zu versichern, er sei bei seinen Mahnungen formgerecht verfahren, so daß der Beklagte darüber nicht im Zweifel geblieben sein könne, daß es Ernst sei. Ist das außergerichtliche Verfahren nicht in Ordnung, so kann auch keine wirkliche Jactivität eintreten. Das ist offenbar der Grund, weshalb diese zweite Versicherung in die salfränk. Formel mit aufgenommen ist. Da jedoch die Schöffen in keinem einzigen Falle den Beklagten für jactiv erklären können, ohne daß ihnen die gehörige Ladung und Mahnung formgerecht bewiesen wäre, so hat die Lex Ribuaria diesen Theil der Formel ganz fallen laßen, und verlangt einfach, daß der Kläger unter Berufung auf das Zeugniß der Schöffen versichere, der Beklagte sei für die Zwangsvollstreckung reif, d. h. er sei rechtskräftig bußfällig, „legitime jactivus".[3])

Anmerkung II.

Ich eröffne meine Besprechung von Lex Sal., 50 u. 52 mit einer allgemeinen ethischen Betrachtung. Die Vorstellung von der Sonnen-

[1]) Tit. 51. 1 fehlt der Zusaz hinter admallatum, ist aber als selbstverständlich zu ergänzen.

[2]) Rein undenkbar ist es — namentlich angesichts Lex Sal., 52 — mit v. Meibom, S. 72 f, die Worte „hoc quod lex sal. cont." u. s. w. auf das nach salfränk. R. der Execution unterworfene Vermögen zu beziehn. — Beiläufig bemerkt, hat übrigens der Zusaz „nocte proxima" in Lex Sal., 52 dazu beigetragen, das Verständniß der Formel „in hoc qu. l. sal. habet" zu erschweren. Waitz bekämpft (D. alte Recht, S. 161, N. 3) eine Deutung dieser Worte durch Pardessus, die in der That unmöglich ist; seine eigene, der allerdings Sohm (Process, S. 17, N. 5) beigetreten ist, geht ms. Es. aber auch fehl. Der zur Rückgewähr gemahnte Besizer geliehener Fahrhabe hat Frist bis zum Sonnenuntergange am Mahntage die Sache zurückzugewähren; erfüllt er aber bis dahin die Rückgewährspflicht nicht, so sezt er sich von da ab den gesezlichen Folgen seiner Rechtsverweigerung aus. Der Zusaz nocte proxima = mit Anbruch der nächsten Nacht, fixirt somit nur den Termin, von wo ab die Drohung: teneas in hoc quod lex salica habet in Kraft tritt.

[3]) Ich habe oben, S. 172, N. 1, bereits gegen Siegel behauptet, das fränk. Recht habe wirkliche Schuldbeitreibung, und nicht bloß Bußbeitreibung gekannt. Ich muß

sezung dieser beiden Titel, welche nach v. Meibom (S. 73) und Sohm (Process, S. 29 f. u. S. 35 f.) die richtige sein soll, bringt den mannhaft stolzen, zum Dreinschlagen gestimmten germanischen

---

mir gestatten, hier noch ein Mal auf die Frage zurückzukommen, weil sie durch die lezten Erörterungen neues Licht erhält. Sie laßen — wie ich hoffe — keinen Zweifel darüber, daß die definitive Bußverwirkung (Weddehaftigkeit) die eigentliche Basis der Zwangsvollstreckung in Lex Sal., 50. 3 u. 4 ist. Nun enthält aber Lex Sal., 50. 4 folgenden Saz, der doch ganz so aussieht, als wenn auch nach diesem Gesezbuche nichts weiter, wie die verwirkten Bußen das Executionsobject bildeten: „duas partes, cujus causa est, tertia parte grafio frito ad se recolligat, si tamen — unter der Voraussezung, daß — fritus jam ante de ipsa causa non fuit solutus". Ist der Fridu schon vorher gezahlt, so darf das Drittel offenbar überhaupt nicht abgepfändet werden. Versteht man nun den ausgehobenen Saz als Disposition über die ganze abgepfändete Vermögensmasse, so bleibt schlechterdings nichts anderes über, als lediglich die verwirkten Bußen als das Executionsobject zu betrachten; denn daran ist nicht zu denken, daß der königliche Fiscus durch den Process einen Anspruch erworben haben sollte nicht bloß auf ein Drittel der Bußen, sondern auch der eigentlichen Forderung, um die sich der Process gedreht hat.

Betrachten wir uns aber den ganzen Wortlaut des § 4 mit gehöriger Sorgfalt, so werden wir erkennen, daß er zunächst zwangsweise Abpfändung der eigentlichen Forderung befiehlt (pretium quantum valuerit debitus, quod debet). Hierauf soll noch eine zweite Pfändung vorgenommen werden, deren Object der Gesamtbetrag der Bußen ist („et de ipsa — scil. fortuna debitoris — secundum legem — im Gegens. z. secundum fidem factam — quae debet". Der ausgehobene Saz regelt aber nur die Repartition der zu zweit abgepfändeten Vermögensmasse. Man kann daraus zugleich ersehn, daß — sicherlich wohl den Grundsäzen entsprechend, welche das Königthum aus der älteren Zeit ererbt hat — gesezlich der Forderung des Gläubigers das Vorzugsrecht vor den Bußen zusteht, bei denen er mit dem Fiscus theilen muß; und diese Thatsache erklärt nachträglich vollauf, weshalb der Gläubiger dem Fiscus für seinen Bußantheil Sicherheit versprechen muß beim Pfändungsantrage.

Dies Ergebniß macht es ms. Es. rein unmöglich, Lex Rib., 32. 3 (mit Siegel) als ein Quellenargument gegen die Annahme der wirklichen Schuldbeitreibung im altgerman. Processe zu benuzen. Die Stelle spricht ebenso wie Lex Sal., 50. 3 u. 4 von wirklicher Schuldbeitreibung, und die schweren Bußen, welche der Schuldner in dem gesezten Falle außerdem noch zu zahlen hat, werden ebenso wie die Bußen in Lex Sal., 50. 4 nachträglich noch besonders abgepfändet sein.

Diese Sachlage macht es mir endlich auch unzweifelhaft, daß die Pfändung der Lex Sal., 50. 3 u. 4 und Lex Rib., 32. 3 wirklich ein gerichtlicher Act ist; und daß Sohm (Process, SS. 4—6 u. Fr. R. u. Gr.-Vf. SS. 80—82), und ihm nach v. Bethmann-Hollweg (S. 516 f.) unrecht thun, aus dem amtlichen Pfändungsverfahren der Lex Salica eine nichtgerichtliche Procedur bloßer Executivgewalt zu machen. Ich mache in dieser Beziehung namentlich noch darauf aufmerksam, daß der Gläubiger nach Lex Sal., 50. 3 dem Grafio nur

her und bemitleidenswerther
gesprochene Schuldner rund
sieht er sich dazu verdammt,
ganzen Tag mit seinen Ge-
Schuldners stehn zu bleiben,
eicht doch noch eine Sinnes-
Processrecht vorgeschrieben
[ann" zum strengsten Canon
soll ein Volk den Rechts-
gt haben, dessen Seele bei
ebenso vor Scham gezittert
venzano Salvani (Purgator.,
as mag ein anderer glauben,
tiger ich die beiden zu be-
nte, desto deutlicher sprechen

ren zu beginnen — Tit. 52;
ten Stelle, die von Sonnen-
n illius, cui res suas praestitit
neas noluisti reddere[1]), quas
nocte proxima, quod saliga
Unbestreitbar — die nox
aus[2]) — findet diese Sonnen-
von denen der Titel spricht,
e admallatio in hoc qu. l. s.
t daraus, daß die Sonnen-
nen in der Behausung des
ngen des Tit. 52 geschehn
nondinas". Auch in Tit. 50.
ler; und auch die 15 Schil-
deren urtheilsmäßiger Fest-
der res praestita nach Lex
erer drei Sonnensezungen ist

ngiebt. („Et dicat de qua causa
fidem fecerat.") Was an Bußen
s Gericht, bez. die Schöffen fest-

ichtet gewesen wäre, am Verfall-
nung wider zuzustellen.

Digitized by Google

image
not
available

Ich schicke voraus, daß ich mit Siegel (a. a. O., S. 248—50), Sohm (Process, SS. 28 ff.), v. Bethmann-Hollweg (S. 476) und Löning (S. 4 f.) gegen Waitz (D. alte R. d. salisch. Fr. SS. 178—182 u. VG., I², S. 450, N. 1), v. Meibom (SS. 71—73 u. S. 194 f.), Cohn (Die Justizverweigerung im altdeutschen Recht, Karlsruhe, 1876, 8⁰, S. 62, N. 7 a. E.), Behrend (Z. Proc. d. Lex Salica, S. 73 ff.) u. a. als zweifellos annehme, daß die fides facta von Tit. 50. 1 u. 2 keine gerichtliche Arramition ist, als welche sie vor Siegel stets betrachtet ist [1]), sondern ein außergerichtliches Gedinge. Schon der von Waitz viel zu gering veranschlagte Umstand, daß § 1 die Möglichkeit willkürlicher Befristung der Forderung durch die Contrahenten statuirt, ist in dieser Beziehung entscheidend. Die Erfüllung der gerichtlichen Arramition steht unter der Herrschaft unabänderlicher [2]) gesezlicher Fristen.

Eben damit, um auch das gleich voraufzuschicken, daß das der Forderung in §§ 1 u. 2 zu Grunde liegende Gedinge außergerichtlich ist, hängt es auch zusammen, daß § 2 dem Schluß-Mahnverfahren per tres nondinas die Ganterklärung durch den Thungin voraufgehn läßt, während vor dem Gantverfahren nach dem Schluße des § 1 und dem Anfang von § 2 noch keine Sonnensezung zuläßig ist. [3]) Das außergerichtliche Gedinge hat offenbar zunächst keine vermögensrechtliche Wirkung, weil es kein „publice negotiare" ist, und deshalb seine ethische Reinheit vorläufig in Zweifel steht. Deshalb ist im Falle von Tit. 50. 1 nicht eher vorwärts zu kommen, bis diesem Mangel durch einen Act der sogen.

Chilperici, c. 8, daß den Schuldner, der legitime jactivus ist, die beharrliche Verweigerung des fidem facere nicht vor der Zwangsvollstreckung durch den Grafio schüzt. Ich lege auf dies Argument um so mehr Gewicht, weil ich aus Capit. Salic., I. 10 „De pignoratoribus" aus später darzulegenden Gründen — den Schluß ziehe, daß bei den Franken in der That jedes eigene Zugreifen der Partei verboten war.

[1]) Vrgl. Siegel, a. a. O., S. 248, N. 10.

[2]) Vrgl. Heusler, Institutionen, S. 56 in Verb. m. S. 53.

[3]) Der Schlußsaz von § 1 lautet: „Et si ei noluerit fidem factam solvere, ... solidos 15 super debitum, quod fidem fecerit, culpabilis judicetur", und der Anfang von § 2: „Si adhuc noluerit componere, debet eum ad mallum manire" u. s. w. Das „adhuc" des zweiten Sazes könnte den Schein erwecken, als ob zwischen der Mahnung und der Manitio noch eine Sonnensezung läge; dem ist jedoch nicht so. Anstatt der Sonnensezung tritt hier die Vorladung vor den Thungin ein, von deren Erfolg es abhängt, ob die Treubruchsbuße von 15 Schillingen wirklich im Wege Rechtens verfolgbar wird.

Digitized by Google

Lögsaga[1]) in der von § 2 beschriebenen Weise abgeholfen, und damit die beizutreibende Forderung förmlich legalisirt ist.[2]) Und deshalb beginnt unmittelbar nachdem diese Abhilfe geschaffen, ein Verfahren, das in jeder Beziehung der Betreibung des Tit. 52 conform ist.

---

[1]) Die Worte, welche der Thungin nach Tit. 50. 2 spricht: „nexthe ganthichio ego illo in hoc quod lex salega ait" besagen, wie ich später zeigen werde: Ich obligire (d. h. erkläre für obligirt) den und den, das zu thun was das Recht der Salfranken vorschreibt. Seiner Wesenheit nach ist also dieser Ausspruch die Zulaßung der Klage aus dem nicht öffentlichen Gedinge. Dasselbe wird erst durch diesen Legalisationsact klagbar, so daß auch von da an erst das eigentliche Betreibungsverfahren mit Sonnensezung nach Art der Beitreibung der res praestita beginnt.

Die Cognition des Thungin ist demgemäß eine vollkommen abstracte; sie ist, wie ich im Text gesagt habe, ein Act der Lögsaga. Während dem Grafio nach Tit. 50. 3 gesagt werden muß: „de qua causa et quantum ei fidem fecerat", heißt es Tit. 50. 2: „Et nominare debet quale debitum debeat, unde ei fidem fecerat". Die Cognition des Thungin ist auch wesentlich eine ethische. Es zeigt sich bei ihr so recht klar jenes Ineinandergreifen von Recht, Moral und Religion, was die ersten Stadien der Rechtsentwicklung kennzeichnet, und das Heusler (Institutionen, S. 47) so treffend und schön charakterisirt hat. Die ethische Seite der thunginischen Cognition darf natürlich nicht verstanden werden als Prüfung, ob der Gläubiger sich eines Dolus schuldig gemacht; ob der Schuldner durch Vis oder Metus zum Abschluß des Geschäfts gebracht worden. Das sind Fragen, die das german. Recht gar nicht aufkommen läßt. Das Gedinge, was der Kläger des Tit. 50. 2 für klagbar erklärt haben will, schließt sich ebenso wie das Urtheilserfüllungsgedinge an eine voraufgegangene causa debendi an, und diese ist es, welche der Cognition des Thungin unterliegt. Bevor den nicht öffentlichen Abmachungen der Parteien der öffentliche Rechtsgang und Rechtsschuz gewährt wird, soll erst festgestellt werden, daß die Abmachungen nicht sündig und unsittlich, nicht auf Vertuschung sündiger Handlungen berechnet sind. (Vrgl. z. B. Pact. pro tenore pac. Childeberti et Chloth., c. 3; Äðlst., VI. 11, auch Ine, c. 52) Deshalb hat der Kläger zunächst vor dem Thungin nur den materiellen Schuldgrund seiner Forderung zu verlautbaren; „nominare debet, quale debitum debeat"; und erst wenn dieser durch den Thungin approbirt ist, kann der wirkliche Rechtsgang beginnen.

Daß man der Rechtsverfolgung bei nicht öffentlichen Gedingsforderungen so viel Weiterungen bereitet hat, kann uns nicht mehr wunder nehmen, seitdem wir (SS. 148 ff.) gesehn haben, mit welchem Mistrauen der Germane überhaupt alle Geschäfte betrachtet hat, die nicht mit lauter Öffentlichkeit geschloßen waren. Verwunderlich ist nur, daß man die Cognition nicht den Gerichtsschöffen überlaßen hat. Das beruht jedoch auf Gründen, die uns hier nichts angehen.

[2]) Der Gläubiger darf natürlich nicht ohne Vorwißen des Schuldners procediren. Daher erklärt sich die Manition zum Ganttermine. Das etwanige Nichterscheinen des Schuldners hält aber das Verfahren in keiner Weise auf, weil es nicht auf contradictorische Verhandlung, sondern eben nur auf abstracte

Digitized by Google

image
not
available

image
not
available

diesem Punkte nehme ich jedoch eine erhebliche Abweichung des Tit. 50 als Totalität von Tit. 52 als solcher an.

So entschieden ich auch oben, S. 187, Siegel, Sohm u. s. w. darin beigetreten bin, daß Tit. 50. 1 u. 2 außergerichtliches Gedinge voraussezt, mit gleicher Entschiedenheit muß ich im Anschluß an ihre genannten Gegner behaupten, daß Tit. 50 eine legislative Einheit bildet. Tit. 50. 3 gilt sowohl für das außergerichtliche Gedinge, wie für die gerichtliche Arramition. Nichts ist auch leichter bewiesen, wie das. Der Gläubiger substanziirt Tit. 50. 3 seinen Pfändungsantrag mit den Worten: „homo ille mihi fidem fecit, quem legitime habeo jactivo aut admallatum in hoc quod salega lex continet“. Auf Grund der Erläuterung dieser Worte SS. 182 ff. kann ich hier einfach behaupten: diese Art der Begründung ist auch dem Gläubiger möglich, der in der Betreibung seiner Forderung aus außergerichtlichem Gedinge bis zur lezten Sonnensezung von Titel 50. 2 gediehen ist. Nicht der Charakter des Gedinges ist es also was die Zuläßigkeit der gräflichen Pfändung bedingt, sondern lediglich die endgiltige Jactivität.

Hätten Siegel und Sohm richtigere Vorstellungen von Admallation, Sonnensezung und Jactivität gehabt, so hätten auch sie das vorstehnde Ergebniß nicht verfehlen können. So sind sie darauf verfallen, das placitum legitimum [1]) am Anfange von Tit. 50. 3 zum Gerichtstage, bez. Echtdinge [2]) zu machen, und aus dem fidem factam solvere ad placitum legitimum ein fidem, ad placitum legitimum factam, solvere. [3]) Das eben führt zu dem falschen Ergebniß, das

[1]) So ist mit Siegel (a. a. O., S. 250) zu lesen, und nicht mit Behrend (a. a. O., S. 77) „legitime“. Behrend will legitime solvere verstanden wißen, während zu verstehn ist: ad placitum legitimum solvere, d. h. am Tage der lezten Sonnensezung; am entscheidenden Tage innerhalb der gesezlichen Frist zahlen.

Daß placitum in § 1 Frist bedeutet, gesteht Siegel (S. 249) selbst zu; in § 3 aber soll es eine Gerichtsversamlung sein.

Beiläufig bemerkt, erklärt sich die Bezeichnung der Zahlungsfrist durch placitum sehr einfach aus der Sitte der gerichtlichen Zahlung, d. h. der Zahlung auf dem Wochen- oder sonstigen Markte.

[2]) Siegel, S. 250.

[3]) Siegel hat (S. 248) aus dem stilistischen Umstande, daß Tit. 50. 3 mit den Worten beginnt: „Si quis ad placitum legitimum fidem factam noluerit solvere“, einen Hiatus zwischen den beiden ersten Paragraphen des Titels einerseits und den folgenden andererseits deducirt. Die Stärke dieses Arguments scheint mir auch unleugbar. § 3 beginnt genau wie ein neues Gesez; und ich kann keineswegs zugeben, daß es v. Meibom (S. 45 u. 194 f.) oder

Digitized by Google

Verfahren von Tit. 50. 2 verlaufe ebenso im Sande, wie das von Tit. 52.

Dies unrichtige Ergebniß hat auch Siegel (S. 249) und Sohm (SS. 31—33) zu einer weiteren unrichtigen Construction geführt, die ich hier ebenfalls noch beleuchten will, obwohl das eigentliche Thema dieser Anmerkung mit den lezten Erörterungen bereits erschöpft ist.

Siegel hat nämlich (a. a. O. — unter Vorbehalt der näheren Begründung) vorgeschlagen, Tit. 50. 1 u. 2 aus dem — bereits S. 145 f. erwähnten — Gesez „De pignoratoribus" zu ergänzen, und somit das außergerichtliche Gedinge in der Executionsinstanz der Privatpfändung zu überweisen; und Sohm hat — unter vielseitigem Beifall[1]) — (a. a. O.) diese Idee systematisch zu begründen und durchzuführen gesucht. Das aber ist nach zwei Seiten hin verfehlt. Das zu Hilfe gerufene Gesez berührt das außergerichtliche Gedinge nicht; und es läßt sich daraus auch nicht nachweisen, daß das fränk. Recht die Privatpfändung zugelaßen habe.

Behrend (a. a. O., SS. 76—81) gelungen wäre, dies Argument zu entkräften (Vrgl. gegen Behrend auch Löning, SS. 40—42. N. 8). Der Hiatus verliert aber für die Frage nach der legislativen Einheit des Titels jede Bedeutung, sobald man placitum legitimum in meinem Sinne nimmt. Dann muß man auch zugestehn, daß die Anfangsworte von § 3 durchaus correct gefaßt sind, weil im Folgenden Bestimmungen getroffen werden, die einen bisher noch nicht vorausgesezten Fall mit umfaßen. Speciel in Bezug auf v. Meibom sei noch bemerkt, daß er (SS. 71—73) die beiden Abschnitte des Tit. 50 dadurch zu vereinigen sucht, daß er zwei Stadien der Pfändung unterscheidet: 1. das — angeblich unwichtigere, und daher dem Centner überantwortete — Vorbereitungsstadium der Ganterklärung; und 2. die Pfändung selbst. Von ersterer sollen §§ 1. u. 2, von lezterer §§ 3—5 handeln. Ich glaube, nichts ist so geeignet wie dieser systematisirende Versuch, die Unmöglichkeit, absolute Concordanz zwischen den beiden Theilen herzustellen, gradezu greifbar zu machen. Selbst die gerichtliche Arramition vor der Vollstreckung noch der Cognition des Thungin zu unterbreiten, heißt das Recht ebenso durch leere Formen erwürgen, wie es durch den sohmschen Formalact geschieht. In seiner Verlegenheit erklärt dann auch v. Meibom, wie bemerkt, die Cognition des Thungin für eine Bagatelle, die auch der Centner erledigen könne. Ist aber diese leere Form einmal Vorbedingung der Pfändung, so muß sie sich natürlich auch in Edict. Chilperici, c. 8 widerfinden; und v. M. sieht sich daher weiter gezwungen, sie in den widerstrebenden Wortlaut jenes Gesezes hineinzuinterpretiren. Dort fehlt sie, weil es sich um Sühnebuße für ein mit öffentlicher Anklage verfolgtes Delict handelt.

[1]) Vrgl. v. Bethmann-Hollweg, S. 486, bes. N. 18; Heusler, Beschränkung S. 14, und Thonissen, S. 361 u. 468 f. Troz seiner Zustimmung äußert übrigens v. Bethmann-Hollweg doch starke Bedenken gegen Sohms Interpretation des Gesezes. Dieselbe ist auch von Behrend (a. a. O., SS. 68—72) als völlig unmöglich nachgewiesen.

Digitized by Google

Daß das bezeichnete Gesez unseren Fall berühre, wird aus dem — vermeintlichen — Umstande gefolgert, daß es eine Privatpfändung mit Strafe bedrohe, welche vorgenommen sei, bevor der Gläubiger den Schuldner vom Thungin mit „nesti canthe chigio", habe ansprechen laßen. Dies Argument laßen auch v. Meibom (S. 195) und Behrend (a. a. O., SS. 68—72) gelten, die sonst die Hypothese bekämpfen. Beide suchen nur nachzuweisen, daß das Gesez die Privatpfändung verbiete, und also gerade den siegelschen Ausweg versperre. Ich bestreite dagegen die Stichhaltigkeit des Hauptarguments, weil sich die ausgehobenen Worte gar nicht auf eine thunginische Ganterklärung beziehn, und das Gesez einen ganz anderen Fall behandelt, wie den des Tit. 50. 2. Daß bisher allgemein das Gegentheil angenommen ist, kommt lediglich daher, daß man allgemein der Deduction einen incorrecten, unbrauchbaren Text als den vermeintlich richtigen zu Grunde gelegt hat.[1] Der landläufige incorrecte Text spricht von einem „per ingnorantiam" pignorare, was keinen Sinn giebt[2]; in Wahrheit redet er von „pignorancia" pignorare, was sehr guten Sinn giebt. Sohm hat die Unmöglichkeit der lezteren Lesart (a. a. O., S. 31, N. 28) entschieden nicht nachgewiesen; und ebenso wenig Behrend (S. 71, N. 1). Pignorantia – muthmaßlich der Plural, wie auch Lex Sal. 52, im Plural von res praestitae spricht — wird in der mittelalterlichen Latinität als Bezeichnung der Fahrhabe, welche als Faustpfand versezt ist, gebraucht.[3]) In gleichem Sinne gebraucht unser Gesez das Wort.[4]) Die Novelle bezieht sich auf den Fall, wo ein Pfandschuldner (pignorator) nach Tilgung der Schuld die versezte Fahrhabe (pignorantia) eigenmächtig (sine judice) wider an sich genommen hat. In Folge dessen soll er unter allen Umständen des Pfandes (debitum) verlustig gehn. Hat er aber gar sich vergriffen

[1]) Außer den bereits genannten Schriftstellern, mit Einschluß von v. Meibom und Behrend, gilt das auch von Boretius (Capit. Salic., I. 10; bei Behrend, Lex Salica, S. 91) und Löning (S. 42 f., N. 8).

[2]) Auch Heuslers Erklärung der ignorantia (Institutionen, S. 62), der ich unbedingt beitrete, hilft zu keinem Sinn. Das Gesez kann unmöglich die ignorantia mit Strafe bedroht, den dolus dagegen ganz unberücksichtigt gelaßen haben.

[3]) Vrgl. z. B. den Brief König Edwards III v. 12. IV 1341, bei Rymer, Foedera u. s. w., 3. Aufl. Bd. II, Thl. 4, S. 97 f.

[4]) Daß diese Annahme nicht anachronistisch ist, zeigt das „pignus solutionis" in Lex Sal., 50. 2. Vrgl. auch v. Meibom, S. 27 u. 248, bes. N. 1.

(si male[1]) pignoraverit), d. h. eine fremde Sache statt der eigenen genommen, so hat er sie wie eine res praestita zurückzugewähren, und überdies noch die Leihebuße von 15 Schillingen zu zahlen.[2]

Dieser Thatbestand sondert die Novelle De pignoratoribus vollständig von Tit. 50. 2 ab. Und daran kann auch das „nesti canthechigio“ um so weniger beirren, weil wir vollkommen im Stande sind, auch von hieraus die Novelle von Tit. 50. 2 fort zu Tit. 52 hinüberzuziehn.

Die malberg. Glosse im lezten Saze von Tit. 52 bezeichnet die 3 Mahnungen zur Rückgabe als „nectanto“ oder „necthanteo antesalina“. Nach meiner Überzeugung, die auch Sohm (a. a. O., S. 36) theilt, unterliegt es nun keinem Zweifel, daß Jac. Grimm (Vorrede, S. LV) Recht hat, dies necthando für ein corrumpirtes nesti canthigio zu erklären. Das Einschieben des nesti canthechigio in die Novelle zeigt also einfach, daß der Pfandschuldner die Rückgabe des ausgelösten Pfandes im Leiheprocess zu betreiben hat.[3]) Das hat aber der Pfandschuldner, welchem die Novelle mit Strafe droht, nicht gethan; und diese Unterlaßung bezeichnet sie als „sine judice pignorare“. Ob aber das fränk. Recht überhaupt die Privatpfändung gestattet hat, darüber läßt uns der Wortlaut der Novelle ganz im Unklaren.

---

[1]) Mit der behrendschen Erklärung dieses Wortes bin ich nicht einverstanden. Wer sich vergreift, versirt nach altgerman. Vorstellung in dolo. Daher male.

[2]) Vrgl. S. 185 f.

[3]) Hier, wie so oft bei Erforschung der altgerman. Rechtsverfaßung, sizt wider die Sprachwißenschaft der Rechtsgeschichte auf den Fersen. Im allgemeinen stimme ich nun allerdings Sohm (a. a. O., S. 28, N. 20) und Behrend (a. a. O., S. 74, N. 3) bei, daß Jac. Grimm (Vorrede, S. LIV) auch hier seine Meisterschaft bewährt hat. Indeß ist es doch ein Fehlgriff, wenn er meint, das Band, bez. Binden habe in unserem Falle noch eine sinnlich symbolische Rolle gespielt. Davon kann keine Rede sein, da Tit. 50. 2 nicht einmal unbedingt die Anwesenheit des Schuldners bei der Ganterklärung voraussezt, und die Glosse von Tit. 52 dem Gläubiger selbst das nesti kanthigian beilegt. Es handelt sich hier vielmehr bereits um einen abstracten technischen Ausdruck. Das Verb. nesti-, nekstig'handigian, das Lex Sal., 50. 2 und in der Novelle De pignoratoribus (als Anrede des Gäubigers an den Schuldner) gebraucht ist, scheint mir aus einem Adject. nesti-, nekstihandig (einer mit gebundenen Händen nestecanto, Lex Sal. 52, wohl: mit gebundener Hand) gebildet zu sein. Das nesti-, neksti-g'handigian — obligare — ist also privatrechtliches Seitenstück zum strafprocessualen ligare.

Druck v. E. Gruhn in Warmbrunn.

Digitized by Google

image
not
available

Untersuchungen

zur

Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte

herausgegeben

von

Dr. Otto Gierke,

Professor der Rechte an der Universität Heidelberg.

XXI.

Das Recht des Überhangs und Überfalls.

Eine rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Studie aus dem Gebiete der Nachbarrechte

von

Arthur Benno Schmidt,

Dr. iur.

Breslau.

Verlag von Wilhelm Koebner.

1886.

Digitized by Google

Das Recht

des

Überhangs und Überfalls.

Eine rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Studie
aus dem Gebiete der Nachbarrechte

von

Arthur Benno Schmidt,
Dr. iur.

Breslau.
Verlag von Wilhelm Koebner.
1886.

[redacted]

Digitized by Google

image
not
available

Digitized by Google

zur Mitte des 18. Jahrhunderts, entnommen,[1]) und zwar sind dieselben in der Mehrzahl der Fälle dem Wortlaute nach wiedergegeben. Wenn hiermit auch bisweilen der Nachtheil einer lokalen Anhäufung von Gesetzesstellen verbunden ist, so wird derselbe doch hinreichend durch den mit der wörtlichen Anführung von Quellenentscheidungen verbundenen Vortheil, — der Möglichkeit für den Leser, selbst prüfen und verbessern zu können —, aufgewogen.

Im dritten Theile endlich sind sowohl die Gesetzbücher, Entwürfe und die hier einschlagenden Entscheidungen der einzelnen Bundesstaaten des deutschen Reichs, als auch diejenigen Oesterreichs und der Schweiz, einschliesslich der Kantonalgesetzgebungen der französischen Schweiz eingehender berücksichtigt. Sind überdies bereits im zweiten Theile (§ 3 u. 4) einzelne Stellen älterer französischer, holländischer und spanischer Quellen zum Vergleiche herangezogen, so ist die Zahl der Legislationen Frankreichs, Hollands und Spaniens im dritten Theile durch die vergleichsweise Behandlung englischer, dänischer, italienischer, portugiesischer u. a. Gesetzesstellen bezieh. Rechtsfälle zu vervollständigen gesucht. Eine ausführlichere Besprechung hat hierbei ein Mal auf Grund seiner praktischen Wichtigkeit für einen Theil Deutschlands, andrerseits aber seiner Bedeutung für die Rechtscodificationen Belgiens, Hollands, Italiens, Rumäniens und einiger schweizer Kantone halber der Code Napoléon und die mit ihm in Zusammenhang stehende Literatur erfahren.

[1]) Eine Trennung der Quellen vor der Reception von denjenigen nach der Reception erschien angesichts des geringen Einflusses, welchen das römische Recht gerade in diesen beiden hier behandelten Fällen auf die deutschen Rechtsaufzeichnungen ausgeübt hat, unzweckmässig. Der Verfasser hat daher richtiger zu handeln geglaubt, wenn er bei Erwähnung der einzelnen Quellen, sobald sich fremde Einflüsse geltend zu machen schienen, darauf hingewiesen hat.

I. Das Recht des Überhangs und Überfalls im römischen Rechte.

§ 1. Dig. XLIII, 27 de arboribus caedendis.

Der 27. Titel des XLIII. Buches Dig., de arboribus caedendis, welcher die Bestimmungen des römischen Rechts über den Überhang in sich begreift, hat lange Zeit für einen Titel gegolten, der vermöge der Schwierigkeit seiner Auslegung willkommene Gelegenheit zu tiefergehenden, die mannigfaltigsten Gebiete des römischen Rechtslebens berührenden Studien und als Frucht derselben, Gelegenheit zur Aufstellung einer neuen selbständigen Ansicht über seinen Inhalt zu bieten schien.

Gegenwärtig ist seine Behandlung als minderwichtige Interpretationscontroverse in der romanistischen Literatur mehr und mehr in den Hintergrund getreten, und hat den die Romanisten der Neuzeit in ungleich höherem Maasse beschäftigenden Controversen rechtsphilosophischer Natur, den Streitfragen, welche Gedankengänge der Theoretiker zu durchlaufen hat bis ein Rechtssatz als Product einer logischen Geistesthätigkeit vor ihm steht, das Feld geräumt.

Es ist characteristisch, wie mit einem Schlage die Specialliteratur über Dig. lib. XLIII. 27 abbricht, und der Streit der Meinungen nurnoch in dem Rahmen von Monographieen über Eigenthumsbeschränkungen im Allgemeinen, sowie in den Pandektenlehrbüchern auf kleinem Raume zusammengedrängt fortglimmt.[2]) Trotz des Fehlens

---

[2]) An Literatur ist anzuführen: Krebs, „tractatus politico — juridicus de ligno et lapide" (1700), speciell pars I class. 3 art. 2 § 1 sequ. (vol. I pg. 63 sequ.); — G. F. Kraus, de iure in arbores vicini in nostrum prominentes aerem. (Dissert., Vitenberg. 1765; bisweilen unter dem Namen Ad. Adler's, des zu Promovirenden, citirt); — Christian Wildvogel, de eo quod iustum est circa arbores, Jena 1767 (Dissertation); — A. Kirsten, de coercitione arborum in fundum vicinalem propendentium, Göttingen 1820 (Dissertation); — v. Koch, „Über das fr. 1. D. de arboribus caedendis", Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung B. IV (1844) S. 331—352; Dirksen, „Über die gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums nach römischem Recht, und über die arborum

Digitized by Google

aber von umfänglicheren diese Specialfrage behandelnden Literaturbeiträgen aus den letzten Decennien, hat sich doch im Laufe der Zeit ein reichhaltiges Material, — ebenso reichhaltig an Hypothesen und Widersprüchen —, angesammelt, ohne dass es einer der aufgestellten Ansichten gelungen ist, sich endgültig Bahn zu brechen.

Man hat bei der Erklärung des Titels 27 l. c. den m. E. grossen Fehler begangen, nicht, wie unbedingt nothwendig, in die Zeit zurückzugehen, in denen die Bestimmungen de arboribus caedendis

---

sublucatio insbesondere", Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft B. II H. II S. 405—431. Die beiden letztgenannten Monographieen enthalten das meiste positive Material und sind deshalb am eingehendsten besprochen. Vgl. weiter: E. J. Bekker, die gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen des römischen Rechts, Jahrb. des gem. deutsch. Rechts von Bekker u. Muther B. V S. 147 ff. —; Werenberg, Über die Collision der Rechte verschiedener Grundeigenthümer, Jahrb. für Dogmatik des heutigen römischen u. deutschen Privatrechts B. VI S. 1 ff.; — Hoffmann, Über die Grundzüge des Nachbarrechts beim Grundeigenthum, Archiv für praktische Rechtswissenschaft n. F. B. I S. 237; — Ihering, Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigenthümers im Interesse der Nachbarn, Jahrbücher für Dogmatik des heutigen röm. u. deutsch. Privatrechts B. VI S. 81 ff.; — Hesse, Zur Lehre von den nachbarrechtlichen Verhältnissen der Grundeigenthümer, a. a. O. S. 378 ff.; — Hesse, Über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn. (Eisenberg, 1859 u. 1861; 2. Aufl. 1880); — von Schelhass, das Nachbarrecht nach gem. Recht und heutiger Praxis (Würzburg, 1863); — Guyet, Bemerkungen aus dem römischen Oeconomierechte, Archiv für civilistische Praxis B. XVII Heft I S. 31—41; — Ausserdem finden sich mehr oder minder eingehende Beiträge in Hugo, Rechtsgeschichte, Ausg. XI S. 204 ff., sowie in den Pandektenlehrbüchern von Thibaut, System des Pandektenrechts § 271 (9. Aufl.), hierzu Froben, Erörterungen einzelner Lehren des römischen Rechts B. II S. 154; — von Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts B. I § 118; — Puchta, Pandekten § 399; — von Vangerow, Leitfaden für Pandektenvorlesungen B. I § 297 S. 545 sub 4 (7. Aufl.); — Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht B. I S. 487; — Arndts, Lehrbuch der Pandekten § 131 Anm. 1 und § 347 Anm. 3; — von Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts B. II S. 150 ff. (3. Aufl.); — Böcking, Pandekten des römischen Privatrechts, oder Institutionen des gemeinen Civilrechts B. II, 1. Lieferung S. 50; — Brinz, Lehrbuch der Pandekten § 132—133; — Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts B. I § 169 sub 4 (S. 527); — v. Wächter, Pandekten B. II § 119 S. 13 ff.; — Dernburg, Pandekten § 200; — Vrgl. ferner Schmid, Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts B. I S. 22 ff. und Voigt, das Civil- und Criminalrecht der XII Tafeln (2 Bände), welches für die Zeit des alten Roms eine reiche Fülle juristischen und culturhistorischen Quellenmaterials enthält. (Besonders für unsern Fall B. II S. 619, 622, 632). Unter den Verfassern der Lehrbücher behandelt von Wächter die Frage des Überhangsrechtes am eingehendsten (Beilagen). — Vgl. ausserdem die Literaturnachweise bei Anm. 69 (Recht des Überfalls im römischen Recht) und Anm. 99 (das Recht des Überhangs im deutschen Rechte).

Digitized by Google

image
not
available

schneiden „eius, quod superexcurrit“ die Rede ist, sondern dass der Prätor die Beseitigung des ganzen Baumes verlangt. Gegenwärtig herrscht auch über diese Frage, wie überhaupt über die Erklärung dieses ersten Theils des prätorischen Edictes in der Literatur Einverständniss. Man nimmt allgemein an, dass darin bestimmt werde, „dass wenn der Baum über ein Haus[4]) hinüberhängt, derselbe von Grund aus abgeschnitten werden muss“, und begnügt sich in der Regel, die Worte des prätorischen Edictes selbst wiederzugeben.[5])

Anders bei dem zweiten Theile des prätorischen Edictes (l. 1 § 7 l. c.):

> „Quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet, si per te stat, quo minus pedes quindecim a terra eam altius coerceas, tunc quo minus illi ita coercere, lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto“.

Auf den ersten Blick ist so viel sogleich zu übersehen, dass diese zweite prätorische Bestimmung gegenüber der an erster Stelle Aufgeführten eine Milderung für den Baumeigenthümer enthält, darin bestehend, dass derselbe, wenn das benachbarte Grundstück ein ager ist, nicht zur Beseitigung des ganzen Baumes sondern nur zum Abschneiden der Äste in Höhe von 15 Fuss verpflichtet wird. Dies besagen auch die erklärenden Worte Ulpian's in § 9 l. c.:

> Differentia duorum capitum interdicti haec est, si quidem arbor aedibus impendeat, succidi eam praecipitur si vero agro impendeat tantum usque ad quindecim pedes a terra coerceri.

Gehen wir aber tiefer auf den Inhalt der Worte:

> „si per te stat quo minus pedes quindecim a terra eam altius coerceas“,

ein, so stellen sich uns die mannigfaltigsten Zweifel entgegen, welche den Brennpunkt des Streites über die Auslegung der l. 1 Dig. XLIII, 27 in sich begreifen, und deren Lösung auf die verschiedenste Art und Weise angestrebt worden ist. Hierbei sind es zwei Hauptansichten, unter welche sich die zahlreichen Einzelansichten subsumiren lassen; alle Verschiedenheiten der Letzteren unter einander sind nur geringe Abweichungen von diesen beiden.

---

[4]) Über die Bedeutung des Wortes aedes und über die Form dieses ersten Theils des Edictes in den XII Tafeln vgl. unten bei Anm. 50—55.

[5]) So Vangerow a. a. O. B. I. § 297 sub 4; Arndts, a. a. O. § 347 Anm. 3; Dernburg a. a. O. § 200. Kurze Bemerkungen enthalten hierüber Wildvogel, l. c. pg. 18; Bekker a. a. O. S. 169; Koch a. a. O. S. 333; von Wächter a. a. O. II § 119 sub II und Windscheid B. I S. 527.

image
not
available

Es ist bereits angedeutet worden, dass es für die Interpretation des Inhalts von l. 1 Dig. XLIII, 27 von besonderer Wichtigkeit sei, die Grundbestimmung in's Auge zu fassen, auf welche sich derselbe aufbaut. Es wird ausdrücklich von Ulpian hervorgehoben, dass bereits die XII Tafeln jene Bestimmung, wonach der überhängende Gränzbaum beschnitten bezieh. vollständig beseitigt werden müsse, enthalten hätten, eine rechtshistorische Notiz, der wir vollen Glauben schenken können, und die in dem parallele Rechtsverhältnisse berührenden Zeugnisse des Pomponius ad Sabinum 34 (l. 2. Dig. XLIII, 27) ihre Bestätigung findet. Nach den Reconstructionsversuchen, welche man mit Hülfe der auf uns gekommenen schriftlichen Überlieferungen angestellt hat, lautete tab. VIII, 6: Si arbor in vicinum hortum inpendit, coinquito, und tab. VIII, 7: Si arbosem in vicinum agrum immisit, XV pedes altius sublucato.

Nun ist es richtig, dass durch die Auslegung, es handele sich hierbei um einen Überhang im eigentlichen Sinne und um die Verpflichtung des Feldnachbars, überhängende Zweige in Höhe von 15 Fuss zu dulden, nach der heutigen Doctrin eine Beschränkung des dominus agri normirt wird[12]), denn so interpretirt bildet l. 1 § 7 Dig. XLIII, 27 eine Ausnahme von dem gegenwärtig allgemein anerkannten Satze, dass der Eigenthümer eines Grundstückes nicht nur Herr über den begränzten Theil der Erdoberfläche und den unter demselben gelegenen Theil der Erdkugel, sondern auch Herr des über seinem Grundstück gelegenen Luftraums ist.[13])

Man hat wohl versucht, diese Ausnahmestellung des § 7 l. c. von dem ebengedachten Grundprincipe der heutigen gemeinrechtlichen Lehre vom Eigenthum zu leugnen: Die Luft sei res omnium communis, ein Satz, der auch dadurch, dass die Luft sich über einem in Privateigenthume stehenden Grundstücke befinde, keine Ausnahme erlitte, zumal nirgends in den Quellen ausdrücklich ausgesprochen werde, dass der Grundeigenthümer zur ausschliesslichen Benutzung der über seinem Grundstücke befindlichen Luftsäule berechtigt sei.[14])

---

[12]) So richtig Dirksen a. a. O. S. 428: Koch a. a. O. S. 332 ff.

[13]) Vgl. Windscheid § 168 bei Anm. 2; -- Böcking, a. a. O. II S. 12 bei Anm. 29; — Sintenis, a. a. O. S. 487 Anm. 26; — Schmid a. a. O. S. 17 Anm. 7 und die daselbst Angeführten, weiter auch S. 24; — Guyet a. a. O. S. 35 besond. Anm. 7; — Hagemann, Landwirthschaftsrecht § 137 (S. 232); — Hesse, Rechtsverhältn. zw. Grundstücksnachbar. B. II S. 151 fg. (2. Aufl. S. 481 fg.).

[14]) Werenberg a. a. O. S. 68. Es ist besonders darauf hinzuweisen,

Digitized by Google

image
not
available

schien, und welche in der menschlichen **Hand**, dem Concentrationspunkte der physischen Kraft und ihrer berechneten Anwendung zum Ausdruck gelangte. Der Luftraum als solcher entbehrt des Fassbaren, Körperlichen, und bot demnach weder die Möglichkeit, noch auch nur ein „anschauliches Verhältniss“ dar, ihn in den Rahmen der manus hineinzuziehen [19]); die **Auffassung aber**, dass der Luftraum als Annex, als eine Consequenz des Grundeigenthums zu betrachten sei, ist nicht die Auffassung eines auf den unteren Stufen der Rechtsentwickelung stehenden Volkes, sondern das Product einer an der Hand der Wissenschaft erzielten Ausbildung und theoretischen Erweiterung der Lehre vom Eigenthume.

So fehlt es im Rechte der XII Tafeln für die Ansicht, dass man in den überhängenden Zweigen einen Eingriff in die unbeschränkte Herrschaftssphäre des Grundeigenthümers erblickte, und dass man aus diesem formell rechtlichen Grunde die Beseitigung **sämmtlicher** auf das Nachbargrundstück reichenden Äste mit der actio negatoria fordern konnte, an jeglicher Unterlage. Wir dürfen demnach auch bei der Erklärung des Wortlautes von tab. VIII. 7:

si arborem in vicinum agrum immisit XV pedes altius sublucato,

nicht davon ausgehen, dass sich diese Bestimmung, und die in ihr enthaltene Maassangabe auf die **nicht** überhängenden Zweige des Gränzbaums bezieht, während der Überhang im eigentlichen Sinne bereits auf Grund der in ihm liegenden Eigenthumsbeschränkung gefallen ist, sondern müssen uns vielmehr vor Augen führen, dass, von tab. VIII. 7 abgesehen, der an der Gränze wachsende Baum durch keinen Rechtssatz gehindert seine Zweige über das Nachbargrundstück breitete, und erst durch die tab. VIII. 7 getroffene Anordnung **eine theilweise Beschränkung seiner überhängenden Äste** erfuhr. Das Motiv für jenen Satz der XII Tafeln fasst **Ulpian** in den Schluss-Worten des § 8 l. c.:

et hoc idcirco effectum est, ne umbra arboris vicino praedio noceret,

zusammen.[20]) Man sah in dem Überhang eine Beschränkung des Nachbars in der zweckentsprechenden Benutzung seines ager, —

---

[19]) Vgl. Voigt, II § 149.

[20]) Vgl. L. 1 § 8 de interd. VIII. 1, wo gesagt ist: Die vorliegende Streitfrage solle nach Analogie der Interdicte „si arbor in alienas aedes impendebit“ und „si arbor in alienum agrum impendebit“, „quibus ostenditur nec per arboris quidem occasionem vicino nocere oportere“ entschieden werden; — Hesse, Über die Rechtsverhältnisse zw. Grundstücksnachb. B. II S. 196 u. 227 (2. Aufl. S. 325 u. 340); Sch[illegible], a. a. O. S. 26.

der andauernde Schatten der tief herabreichenden Zweige hinderte das Wachsthum seiner Feldfrüchte —, und war bemüht, da man eine generelle Klage hiergegen nicht kannte, diesem Übelstande durch die Verleihung einer actio de arboribus sublucandis[21]) abzuhelfen.

Diese Überlegung ist insofern von besonderer Wichtigkeit, als das Resultat, zu welchem wir hierbei gelangen, auch für die Erklärung von l. 1 § 7 Dig. XLIII, 27 ausschlaggebende Bedeutung besitzt, da ja die in Dig. XLIII, 27 citirten Stellen des prätorischen Edictes unmittelbar auf tab. VIII, 6 und 7 der XII Tafeln fussen. Das prätorische Edict nahm den Inhalt jener beiden Sätze unverändert auf, und stellte nur neben die actio de arboribus sublucandis bezieh. coinquendis der XII Tafeln ein interdictum, durch welches geschützt der Nachbar bei Säumniss des Baumeigenthümers sein Recht auf dem Wege der Selbsthülfe realisirte; — das war das Neue, was der Prätor gegenüber dem bereits Bestehenden schuf.[22]) Justinian endlich beschränkte sich darauf, diesen Theil des prätorischen Edictes seiner Gesetzessammlung unter Zugrundelegung des Werkes Ulpians in Form von Citaten einzufügen, sodass eine ununterbrochene durch Jahrhunderte lange Übung gefestete Kette in der Anwendung dieser im Beginne des römischen Rechtslebens geschaffenen Bestimmung bestand, welche den Kern des Gesetzes in seiner Ursprünglichkeit bewahrte. Hatte demnach auch der Begriff des Eigenthums eine Ausbildung und Vertiefung erfahren, welche die Anschauungen der früheren Jahrhunderte weit hinter sich liess, so blieb doch jene eng begränzte Bestimmung der XII Tafeln, welche dem Nachbar vorschrieb, die Aste des überhängenden Baumes nicht höher als „quindecim pedes a terra altius" zu beschneiden, in Kraft, nur dass sich die Auffassung ihrer rechtlichen Natur geändert hatte, und man nicht mehr wie früher in derselben eine Beschränkung des Baumeigenthümers zu Gunsten seines Nachbars, sondern in Hinsicht auf die von der Rechtswissenschaft an-

---

[21]) Sowohl diese, als die weiter unten ersichtliche Bezeichnung der actio de arboribus coinquendis sind Neubildungen auf Grund der zur Bezeichnung des Sachverhältnisses gebrauchten Ausdrucke „sublucare" und „coinquere" (vgl. Voigt a. a. O. B. II § 149 Anm. 5 und 12).

[22]) Vgl. Voigt a. a. O. B. II S. 634 Anm. 7: Es ist dieses Edict adiuvandi iuris civilis gratia erlassen: von vornherein demjenigen gegeben, der als Sieger in der actio de arboribus sublucandis bei Ausübung der Selbsthülfe vom Gegner behindert ward (ursprünglich also concurrirend mit der actio iudicati), später aber dazu verwendet, damit den Rechtsstreit selbst zu eröffnen. — Unrichtig Koch a. a. O. S. 340.

image
not
available

image
not
available

Betreffs der Beweiskraft der Basiliken für die Auslegung unserer Stelle ist wohl nicht mit Unrecht der Zweifel rege geworden, ob die Basiliken bei Erklärung eines römischen Sprachgebrauchs für ausschlaggebend gelten können.[28]) Demgemäss unterlässt auch Schmid, welcher am entschiedensten die Beseitigung der oberen Äste bis zur Höhe von 15 Fuss herab, sowie die Duldung des darunter befindlichen Überhangs i. e. S. durch den Grundstücksnachbar betont, die Bezugnahme auf die Basiliken, und beruft sich auf den Wortlaut von l. 1 § 9 l. c. (jct. l. 1 § 7 l. c.):

> si quidem arbor aedibus impendeat succidi eam praecipitur, si vero agro impendeat tantum usque ad quindecim pedes a terra coerceri,

woraus Schmid folgert, dass sich die Bestimmung der „quindecim pedes“, weil in beiden Fällen des tit. 27 l. c. von einem Abschneiden des Baumes gesprochen werde, aus leicht begreiflichen Gründen auch nur auf den oberhalb 15 Fuss vom Erdboden entfernt gelegenen Theil des Baumes beziehen könne.[29])

Bei der Stellungnahme zu dieser Frage ist vor Allem dagegen zu kämpfen, dass l. 1 § 7 Dig. l. c. ein Abschneiden des Baumes, nicht ein blosses Beschneiden der Äste im Auge hat. Abgesehen davon, dass ein grosser Theil der Bäume ein Kappen des Stammes nicht verträgt, spricht sowohl l. 1 § 8 Dig. l. c. ausdrücklich davon, dass „quindecim pedes altius rami arboris circumcidantur“, als auch Paulus rec. sent. lib. V. 6 § 13 von einem „compescere“ der

---

[28]) Dirksen a. a. O. S. 425; — Hesse, Über die Rechtsverh. zw. Grundstücksnachb. B. II S. 196 (2. Aufl. S. 564); — ebenso folgert Koch a. a. O. S. 585 den Mangel der Autorität der Basiliken in diesem Punkte aus der falschen Erklärung des interdict. de glande legenda. Auch Bekker hält a. a. O. S. 170 eine Berufung auf die Basiliken bei der Erklärung eines römischen Sprachgebrauchs für geringwerthig, entscheidet sich jedoch ebenfalls für die Beschneidung der oberen Äste bis zur Höhe von 15 Fuss herab, da ein Schutz gegen die in Höhe von 15 Fuss vom Erdboden aus gerechnet seitwärts eindringenden Zweige durch Hecken, Zäune, Mauern unschwer herzustellen war. Darüber hinaus half das Zwölftafelgesetz durch Gewährung des [illegible]. Ob die Einzäunung ganzer Feldcomplexe durch 15 Fuss hohe Mauern, Zäune u. dgl. „unschwer“ herzustellen war, ist mehr als zweifelhaft.

[29]) Schmid a. a. O. S. 25 Anm. 32; — Bekker a. a. O. S. 171 (ebenso Windscheid a. a. O. S. 527 Anm. 16); — vgl. auch Vinnius, Comment. ad Pand. lib. 43 tit. 27; — Majansius, de arbor. caed. Disput. iur. T. I. 163 f. Porro quod dictum est circumcidendos esse ramos usque ad XV pedes a terra, ita accipiendum est, si altius e terra XV pedes esse extulerunt. Koch a. a. O. S. 584; — Kirsten l. c. pg. 6 seq.; — Heimbach im Rechtslexikon B. V S. 109.

Digitized by Google

„luxuries ramorum". Fernerhin steht entgegen, dass kein Grund vorhanden ist, „arborem coercere" in l. 1 § 9 Dig. l. c. mit „den Baum kappen" wiederzugeben, oder überhaupt besonderes Gewicht auf diesen Ausdruck zu legen, zumal § 9 lediglich eine kurze Zusammenstellung der Hauptunterschiede zwischen dem ersten und zweiten Theile der Bestimmungen de arboribus caedendis geben soll, und hierbei von Ulpian weniger eine Erklärung der vom Prätor gebrauchten Ausdrücke, als eine Gegenüberstellung der vollständigen und der theilweisen Beschränkung des überhängenden Baumes je nach der Lage der Verhältnisse bezweckt wird.

Es besteht noch ein dritter Factor, welcher gegen die Ansicht Schmid's spricht, und uns zugleich belehrt, für welche der beiden ebengedachten Ansichten wir uns zu entscheiden haben. Man nimmt an, dass tab. VIII. 7, wie dies auch oben ersichtlich gemacht worden ist, den Ausdruck „quindecim pedes altius sublucato"[30]) enthalten habe, und spricht auf Grund hiervon von einer actio de arboribus sublucandis. Allerdings wird die Richtigkeit dieser Behauptung von einigen Schriftstellern, so u. a. von Koch[31]), bestritten, jedoch unterlassen dieselben einmal ihren Widerspruch zu begründen, überdies aber spricht Paulus sent. rec. V, 6, 13, — hierauf basirt auch die Annahme für die XII Tafeln —, mit klaren Worten davon, dass der Herr des Baumes aufzufordern sei, „ut eam sublucet".[32]) Auch die Beweiskraft dieses „sublucare", dessen

[30]) Voigt a. a. O. B. I S. 725, B. II S. 633 bes. Anm. 5; — Dirksen a. a. O. S. 431. — Cujacius bei Schulting in der Note 70 S. 462 zu Paul. V. 6. 13; — Kirsten l. c. pg. 9.

[31]) Koch a. a. O. S. 339.

[32]) Koch verwendet a. a. O. S. 342 Anm. 1 diese Stelle des Paulus zum Zwecke des Beweises seiner Ansicht in einer m. E. äusserst willkürlichen Weise. Allerdings enthält dieselbe keine Maassangabe für die Beschneidung der überhängenden Äste, dies berechtigt uns jedoch noch nicht, daraus zu schliessen, dass alle überhängenden Zweige zu beseitigen gewesen seien, zumal, wie Koch selbst bemerkt, die auf uns gekommene Stelle nur ein Bruchstück der Ausführungen des Paulus über den Überhang bildet und in ihrem nicht auf uns gekommenen Theile eine an das Vorangehende anschliessende Gegenüberstellung der „sublucatio arboris XV pedes a terra altius" und der „sublucatio totius arboris" je nach der Verschiedenheit der localen Verhältnisse des Überhangs enthalten haben mag. Die uns erhaltenen Worte der sent. rec. V, 6, 13 schildern nur die beiden Fällen gemeinsamen Momente. So bedarf es auch nicht der Eliminirung des „in alienas aedes vel", wie sie Cujacius grundlos vornimmt. (Huschke, iurispr. anteiustin. pg. 522; Koch a. a. O. S. 343. Anm. I; — Auch Voigt hält a. a. O. B. II S. 633 Anm. 6 die Worte „in alienas aedes vel" für eine Einschiebung des Breviars.). — Betreffs weiterer

Existenz man nicht ableugnen kann, wird bestritten, indem man auf die unsichere Definition des Festus s. v. „sublucare" und „conlucare" hinweist[33]); m. E. aber ist weder die Interpretation des Ausdrucks „sublucare", welche Festus in den Worten:

sublucare arbores est ramos eorum supputare et veluti subtus lucem mittere,

giebt, eine „unsichere" zu nennen, noch bedarf es überhaupt der Bezugnahme auf Festus, um den Sinn dieses „sublucare" aus seinen Bestandtheilen richtig zu verstehen und aus dem „sub" auf ein Lichten der unteren Zweige zu schliessen.

Ausser diesen sprachlichen Gründen ist es hauptsächlich der dem Gesetze zu Grunde liegende praktische Gesichtspunkt „ne umbra arboris vicino praedio noceret", welcher die Auslegung, dass es sich in l. 1. § 7 l. c. um eine Beseitigung der unteren Äste handelt, rechtfertigt. Es bedarf keiner landwirthschaftlichen Vorkenntnisse, um zu verstehen, dass Feldfrüchte durch die unmittelbar über sie hinstreichenden Äste in ihrem Wachsthum aufgehalten, wohl gar völlig behindert werden[34]), während der Schatten, den die oberen Äste eines Baumes erzeugen, keine Licht- und Luftentziehung in dem Grade, wie dies die niedrigen Baumzweige thun, herbeiführt und eine schadenstiftende Wirkung nicht besitzt.[35]) Für den letzteren Punkt liefert unsere heimische Feldcultur hinreichenden Beweis, wie viel weniger kommt der Schatten von höherstehenden Ästen in einem Lande, wie Italien in Betracht, dessen südliche Lage einen uns unbekannten Sonnen- und Vegetationsreichthum zur Folge hat.[36])

---

sprachlicher Gegengründe, welche gegen die hier bekämpfte Ansicht geltend gemacht worden sind: vgl. Hesse a. a. O. B. II S. 197 (2. Aufl. S. 525).

[33]) Koch a. a. O. S. 339 bei Anm. 2: „dass aber Festus selbst nicht gewusst habe, wovon der Ausdruck sublucare gebraucht worden ist, zeigen u. s. w."

[34]) Unter dem „schadenden Schatten" sind hier alle diejenigen Nachtheile zu verstehen, welche mit der fortgesetzten Entziehung von Licht und Wärme verknüpft sind. Vgl. Weisthum von Winhering § 15: stet dergleichen paumb in ainem acker, so wird das traid darunter wie sunst ain anders nit zeitig, ist es in ainer wisen, so wechst muesz darunter und heigt sich nit, sondern man muesz es mit bemüchenung herausbringen, des also nit ain claine beschwer und nit wol zu gedulten ist. (Grimm, Weisth. VI S. 142).

[35]) Ebenso unsere deutschen Quellen vgl. u. bei Anm. 131 ff.

[36]) Es ist noch heute in Italien allgemeine Sitte, hochstämmigere Fruchtbäume auf den Feldern anzupflanzen, ohne dass man darin einen Nachtheil für die darunter wachsenden Feldfrüchte erblickt. — Die andern Gründe, welche gegen ein Abschneiden der oberen Äste sprechen, sind im Folgenden angegeben.

Auch die Vertreter der gegnerischen Ansicht, wie Koch, Wächter u. a. gehen von Ulpian's Worten: „hoc idcirco effectum est, ne umbra arboris vicino praedio noceret", aus, ihre Schlussfolgerung ist aber mit Nothwendigkeit insofern eine andere, als sie von vornherein nicht die auf das Nachbargrundstück reichenden Äste in Betracht ziehen, sondern § 7 l. c. nach ihrer Auffassung diejenigen Zweige des Gränzbaumes trifft, welche sich nach Beseitigung des Überhangs im eigentlichen Sinne noch am Stamme befinden. Bei dieser Grundauffassung kann es sich, wie dies auch Hugo, Koch, Guyet, Wächter u. a. annehmen[37]), nur um die oberen Äste des Gränzbaumes handeln, denn ihr Schatten liegt die längste Zeit des Tages auf dem Nachbarfelde. Ein niedriger Baum wird je nach der Himmelsrichtung, in welcher er zu dem Nachbarfundus steht, nur unmittelbar zur Zeit des Sonnenaufgangs oder zu der des Sonnenniedergangs seinen Schatten auf das angränzende Feld werfen, während umgekehrt, wenn man die Äste am unteren Theil des Stammes bis zur Höhe von 15 Fuss vom Boden aus gerechnet beseitigte[38]), nur zu diesen beiden genannten Tageszeiten der Zweck, den man mit der Lichtung der Zweige verfolgt, erreicht, und somit kein praktischer Erfolg erzielt würde.

Gegen diese Auslegung und damit auch gegen die Grundauffassung, auf welcher sie beruht, ist vor Allem einzuwenden, dass der angebliche Vortheil, welchen man damit zu erreichen sucht, dass man einem Felde den seitwärts fallenden Schatten des Grenzbaumes fernhält[39]), nicht im mindesten im Verhältniss zu dem Nach-

---

[37]) S. Hugo, Rechtsgeschichte (XI Aufl.) S. 205 (vielfach missverstanden, so auch von Vangerow § 297, 4; Dirksen a. a. O. S. 426, Koch a. a. O. S. 335). Ebenso Koch S. 334, 347 und Guyet a. a. O. [Unrichtig verstanden von Hesse a. a. O. B. II S. 209 fg.; 2. Aufl. S. 540]; v. Wächter a. a. O. S. 15, o. — Reyscher, das gemeine und württembergische Privatrecht § 285 (B. III S. 11) spricht Anm. 7 mit Bezug hierauf von der „unästhetischen Ansicht" Hugo's. — Hesse, a. a. O. S. 196 (2. Aufl. S. 525).

[38]) Dass bei einer Anzahl Baumarten die Äste überhaupt erst in grösserer Höhe als 15 Fuss über dem Erdboden beginnen und dass desshalb „die Bestimmungen des prätorischen Ediktes selten ausführbar wären" (so Koch a. a. O. S. 348) ist doch wohl kein Grund, der dafür spricht, dass es sich in den Worten „quindecim pedes a terra altius" um die oberen Zweige handeln muss.

[39]) Wenn nicht ein Mal der Schatten überdachender Zweige, sofern dieselben in angemessener Höhe vom Boden entfernt aus dem Stamme hervorwachsen, schadet, um wie viel weniger ist dies der Fall bei dem von der Seite her fallenden Schatten, dessen Ausdehnung mit dem Stande der Sonne wechselt.

theile steht, welchen man dem Baumeigenthümer durch das Beschneiden der Krone seines Fruchtbaumes, d. h. gerade desjenigen Theiles, welcher die meisten Früchte trägt, zufügt. So interpretirt erscheint die Bestimmung des § 7 l. c., da sie praktisch kaum zu rechtfertigen ist, als eine legislatorische Spielerei, obwohl gerade die XII Tafeln bemüht waren, den einfachen Lebens- und Verkehrsbedürfnissen ihrer Zeit durch schlichte, ungekünstelte Rechtssätze gerecht zu werden.

Wir sind aus zahlreichen Schriftstellern über die Natur der an der Gränze angepflanzten Bäume, welche neben den Gränzsteinen als Markzeichen gelten sollten, unterrichtet.[40]) Es waren, dies geht aus l. 13 Dig. fin. regund. X, 1 hervor, ein Mal der Oel- und Feigenbaum, weiterhin aber noch Eiche, Wallnuss, Cypresse, Pinie, Ulme, Esche und Pappel. Auf die an erster Stelle genannten Baumsorten, — Oel- und Feigenbaum, Eiche und Wallnus, — würde sich der ebengerügte Nachtheil der Beseitigung der früchtereichsten Zweige erstrecken; man führe sich aber weiter vor Augen, welchen Anblick ein seiner Äste bis zur Höhe von 15 Fuss herab beraubter Baum, wie die hochstämmige Pinie oder Pappel gewährt, so wird man die Unhaltbarkeit der gegnerischen Ansicht einsehen, und das Treffende jenes bekannten Scherzwortes Thibaut's: „en arbor Hugoniana" verstehen.

Fernerhin kommt in Betracht, dass der Baumeigenthümer bereits insofern beschränkt war, als ihm das Gesetz vorschrieb, seine Bäume in einem Abstand von 9 resp. 5 Fuss von der Gränze entfernt zu pflanzen[41]), eine Entfernung, die durch das beiden Gränznachbarn gemeinsame 5 Fuss breite confinium auf 14 bezieh. 10 Fuss wuchs. Jene Bestimmung aber ist nicht verständlich, wenn wir in ihr nicht neben der gesetzlichen Wahrung der Interessen des Nachbar-

[40]) Vgl. Voigt a. a. O. Bd. II S. 632 und hierzu die Anm. 2 a. a. O. angeführten Stellen: Cicero, pro Caec. 8, 22; Horat. Ep. II, 2, 170; Sic. Flacc. de cond. agr. 143, 14 ff. 154, 15 f. — Vgl. die folgende Anmerkung.

[41]) Gaius, libr. IV ad leg. XII tab.: Sciendum est, in actione finium regundorum illud observandum esse, quod ad exemplum quodammodo eius legis scriptum est, quam Athenis Solonem dicitur tulisse; nam illic ita est: *Ἐάν τις αἱμασιὰν παῤ ἀλλοτρίῳ χωρίῳ ὀρυγῇ τὸν ὅρον μὴ παραβαίνειν ...... ἐλαίαν δὲ καὶ συκῆν ἐννέα πόδας ἀπὸ τοῦ ἀλλοτρίου φυτεύειν. τὰ δὲ ἄλλα δένδρα πέντε πόδας.* [l. 13 Dig. fin. regund. X, 1.] (Vgl. Voigt Bd. 1 S. 10 ff.) — Voigt stellt diese Bestimmung unter tab. VIII, 1. (a. a. O. B. I, S. 724; II, S. 632); — von Langenn u. Kori, Erörter. prakt. Rechtsfragen aus dem gem. u. dem sächs. Civilr. u. Civilpr. II. Th. S. 251 (2. Aufl.); Hesse, Über die Rechtsverh. zw. Grundstücksnachbarn Bd. II S. 261 ff. (2. Aufl. § 120).

Digitized by Google

grundstücks zugleich die Absicht des Gesetzgebers erblicken, die Gränzen für die Anpflanzung von Bäumen von Anfang an so zu ziehen, dass durch richtige Bevormundung des Eigenthümers eines mit Bäumen bestandenen fundus einer Schädigung der Baumcultur möglichst vorgebeugt werde. Denn aus welchem andern Grunde wurde der Abstand für den im Werthe höher stehenden Oel- und Feigenbaum auf 9 Fuss festgesetzt, während das Gesetz die Entfernung der „caeterae arbores" von der Gränze nur auf 5 Fuss normirte? Jedenfalls kann eine etwaige stärkere Kronenentwicklung des Oel- oder Feigenbaums nicht hierfür bestimmend gewirkt haben, denn diese steht bei den genannten Baumsorten hinter der Ausbreitung der Kronen von Ulmen, Pinien u. a. weit zurück.[42]) — Dass aber diesem legislatorischen Zwecke durch die Auslegung im Sinne der gegnerischen Ansicht ins Gesicht geschlagen wird, bedarf wohl keines Beweises.

Endlich ist, wenn wir auch von diesen Gegengründen absehen wollten, die Durchführung des von der Gegenansicht dem § 7 l. c. implicirten praktischen Gesichtspunktes wenn nicht unmöglich, so doch vollkommen aussichtslos. Wenn man mit dem Kappen der Gränzbäume bezieh. ihrer Zweige bis zu einer Höhe von 15 Fuss herab dem Nachbarfelde den seitwärts fallenden, angeblich schädlichen Schatten, — ne umbra arboris vicino praedio noceret —, fernhalten wollte, so wird dies sogleich illusorisch, sobald eine grössere Anzahl von Bäumen beieinander steht, oder wohl gar eine Waldparzelle mit einem Feldgrundstück zusammenstösst. Was nützt es, die der Gränze nächsten Bäume bis auf 15 Fuss herab zu beschneiden, wo doch die unmittelbar dahinter stehenden Bäume einen Schatten von fast gleichem Umfange werfen? Es geht auch Niemand so weit, zu behaupten, dass in einem solchen Falle alle Bäume deren Schatten das Nachbarfeld treffen, bis auf 15 Fuss herab beschnitten werden müssten, zumal l. 1 § 7 D. l. c. ausdrücklich hervorhebt, dass nur der Baum, „quae . . . ex agro tuo in agrum illius impendet" auf das Mass von 15 Fuss herab beschränkt werden solle.

Auch dieses impendet lässt eine Interpretation im Sinne der gegnerischen Ansicht nicht zu, denn es nicht erklärlich, weshalb dieser von den Gränzbäumen auf das Nachbarfeld geworfene Schatten, so lange die Zweige derselben nicht über die Gränze hinüberragen, von dem Feldeigenthümer geduldet werden müsste, und erst dann, wenn ein Ast hinüberragt, durch Beschneiden des

---

[42]) Unrichtig Koch a. a. S. 349.

Baumes beseitigt werden dürfte.[43]) Wenn dann der Baum nach dieser Verstümmelung wieder zu wachsen beginnt, so müsste der Nachbar, um von Neuem berechtigt zu sein, die gesetzlichen Gegenmittel zu ergreifen, wiederum so lange warten, bis ein Zweig über die Gränze herüberragt. Wächter[44]) hat das Widersinnige, was hierin liegt, wohl erkannt, und den Versuch gemacht, eine logische Auslegung im Sinne der von uns bekämpften Ansicht durch eine veränderte Auffassung des Wortes „impendet" zu erzielen, indem er dieses impendet nicht mit „Hinüberhängen über", sondern mit „Hinhängen nach" wiedergiebt und somit dem Nachbar gestattet, bereits zu einem früheren Zeitpunkte die Beschneidung des Gränzbaumes bis zur Höhe von 15 Fuss herab zu fordern bezieh. bei Weigerung des Baumeigenthümers selbst vorzunehmen. Einmal aber widerspricht diese Übersetzung der Worte „in agrum illius impendet" sowohl der Bedeutung des synonym gebrauchten Ausdrucks „in vicini agrum imminet" in Paul. rec. sent. V, 6, 13, als auch dem sonstigen für impendere allgemein üblichen Sprachgebrauch[45]), andererseits aber erhält dadurch l. 1 § 7 l. c. einen Inhalt, der die Gestattung der Selbsthülfe als ein sehr gewagtes legislatorisches Unternehmen erscheinen lässt. Denn wo sind dann die Gränzen zu ziehen, welche für den Gränzbaum eingehalten werden müssen, und wie muss seine Stellung zum Nachbargrundstück beschaffen sein, um dem Eigenthümer des Letzteren zu berechtigen, Selbsthülfe zu üben?[46])

Beachtenswerther sind die weiteren durch die veränderte Auffassung des Wortes „impendet" von Wächter angeregten Punkte, welche sich besonders auf den ersten Theil des Titels de arboribus caedendis „quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet"

---

[43]) Koch a. a. O. S. 351 giebt zu, dass es bei seiner Interpretation des des § 7 l. c. auffällig sei, dass ein Baum trotz seines schadenstiftenden Schattens von dem Nachbar so lange geduldet werden müsse, als er noch nicht direct über die Gränze reicht,— dann aber, sobald nur ein Zweig diese Gränze überschreitet, nicht nur dieses überhängenden Zweiges, sondern auch seiner übrigen Zweige bis zur Höhe von 15 Fuss herab beraubt werden solle, motivirt dies jedoch durch den Hinweis auf die Strenge, welche in der Anordnung der l. 1 pr. in der Beseitigung des ganzen Baumes, liegt.

[44]) von Wächter a. a. O. S. 15 sub II und I, 2.

[45]) Vgl. l. 1 § 5 Dig. si serv. vind. VIII, 5: nam et si arborem impendentem habeat vicinus, qua viam vel iter invium vel inhabile facit . . .; auch auch l. 1 C. de interd. VIII, 1. — Brissonius s. v. „impendere".

[46]) Dass unter diesen Umständen der Chikane des Nachbars, den das Gesetz legitimirte, in das fremde Eigenthum einzugreifen, Thür und Thor geöffnet war, muss auch von den Gegnern zugegeben werden.

Digitized by Google

beziehen. Man hat von jeher darauf hingewiesen, dass in einer bedingungslosen Durchführung dieser in l. 1 pr. Dig. l. c. enthaltenen Bestimmung eine Härte der Gesetzgebung liegt, und ist deshalb auf verschiedene Weise bestrebt gewesen, einen Punkt zu finden, der eine diese Härte mildernde Auslegung zu gestatten scheint. Dieses Bestreben sieht seine Berechtigung vorzüglich darin, dass sich bei dem zweiten Theile des Titels de arbor. caed. eine Motivirung der Beschränkung des Baumeigenthümers in den mehrfach herbeigezogenen Worten „ne umbra arboris vicino praedio noceret“ findet, während l. 1 pr. Dig. l. c. einer derartigen Begründung entbehrt. Es liegt nahe, eine den Worten „ne umbra etc.“ zu parallelisirende Bemerkung in den Worten Ulpian's „cui arbor officeret“ (l. 1 § 2 Dig. l. c.) zu finden, und hiernach die Anwendung der in l. 1 pr. Dig. l. c. enthaltenen Massregel der Beseitigung des ganzen Baumes davon abhängig zu machen, dass dem Nachbargebäude aus der Berührung mit dem Gränzbaume ein ersichtlicher Schaden erwächst. Diese Ansicht vertritt auch Wächter[47]), nur dass er auch hier nicht von dem „über das Nachbargebäude hinüberhängenden Baume“ spricht, sondern die Bestimmung, von l. 1 pr. Dig. l. c. auf den Fall bezieht, „wenn ein Baum oder Weinstock so nahe an einem fremden Gebäude steht, dass er ihm schadet.“ Hagemann[48]) geht sogar soweit, da l. 1 pr. Dig. l. c. eine sichere Auslegung angeblich nicht zulässt, auch in diesem Falle nur die Beseitigung der schadenden Äste zu befürworten. Holzschuher[49]) verwirft dies mit Recht, und neigt sich einer der Ansicht Wächters verwandten Auffassung zu, enthält aber insofern etwas Neues, als er die Entscheidung eventuell von einem Sachverständigengutachten abhängig machen will.

Geht man zum Zwecke der Erklärung von l. 1 pr. Dig. l. c., wie wir es bereits bei der Interpretation von l. 1 § 7 Dig. l. c. gethan haben, auf die XII Tafeln zurück, so zeigt tab. VIII, 6 die nackte Bestimmung:

Si arbor in vicinum hortum inpendit, coinquito.[50])

Allerdings ist diese Formulirung von tab. VIII, 6 nur ein Reconstructionsversuch, und nicht unfehlbar mit der Originalfassung über-

---

[47]) von Wächter a. a. O. B. II S. 15 — vgl. auch Sintenis a. a. O. I § 47 Note 26.

[48]) Hagemann, Landwirthschaftsrecht § 137; — vgl. auch Hugo a. a. O. S. 204. Hagemann thut dies hauptsächlich vom Gesichtspunkte der Anwendbarkeit von l. 1 pr. Dig. l. c. in der Gegenwart aus.

[49]) Holzschuher B. II S. 150.

[50]) Voigt, B. I S. 725; B. II S. 634 ff.

einstimmend, jedenfalls aber hat tab. VIII, 6 —, wie dies auch aus dem in Dig. XLIII, 27 im Wortlaute überlieferten prätorischen Edicte hervorgeht —, ausser der Voraussetzung, dass der Baum „in vicinum hortum inpendit“ keinen Zusatz enthalten, welcher den Sinn einer Bedingung, von deren Eintreten die Anwendung des ebencitirten Satzes abhängig gemacht wurde, besessen hätte. Dass das Motiv, welches den Grund zur Abfassung jenes Satzes in der uns vorliegenden Formulirung gab, ein dem Nachbargute aus dem Überhange erwachsender Schaden gewesen sei, ist —, so dürfen wir aus tab. VIII, 7 in Verbindung mit l. 1 § 8 Dig. l. c. schliessen —, nicht zu bezweifeln; die Fassung des Gesetzes selbst aber ist eine derartige, dass wir in dem einzelnen Falle seiner Anwendung nicht zu untersuchen haben, ob ein solcher Schaden auch wirklich vorliegt.[51]) Jedenfalls hielt das Gesetz den Nachbar bereits dadurch, dass sich die Zweige des Gränzbaumes über sein Hausgrundstück breiteten, dermassen für gefährdet, dass ein quasidelictischer Thatbestand gegeben und demgemäss die stricte Anordnung der Beseitigung dieses Baumes berechtigt erschien.[52]) Ob dann in römischer Zeit

[51]) Uebereinstimmend Koch a. a. O. S. 352; ebenso die meisten anderen Autoren.

[52]) Dass man hierbei zu dieser strengen Massregel der völligen Vernichtung des Baumes griff („et Rutilius ait, a stirpe exscindendam“), mag seinen Grund darin finden, dass der für Gebäudeanlagen verwandte, bezieh. unmittelbar zu denselben gehörige Raum nicht dazu bestimmt erschien, Baumcultur zu treiben, und man deshalb nicht veranlasst wurde, schonend gegen dort angepflanzte Bäume vorzugehen; zumal ja hier ein Mal der Zweck ihrer Verwendung als Gränzbäume in Wegfall kam, andrerseits aber eine aus dem Überhange resultirende Benachtheiligung in Folge des strenggegliederten und zugleich engbegränzten Raumes einer Gebäudeanlage seitens des Nachbars schwerer empfunden, und deshalb auch von dem Gesetze kräftiger reprobirt wurde, als bei einem ausgedehnteren Feldgrundstücke. Endlich aber mag bestimmend gewirkt haben, dass bei der niedrigen Bauart der Häuser, vorzüglich der älteren römischen Zeit, die theilweise Beschneidung eines Baumes, welcher so an Ausdehnung gewonnen hatte, dass er mit seinen Ästen über das Nachbardach hinüber zu ragen begann, nur geringen Vortheil versprach, da ja jeder neue Ast denselben Nachtheil mit sich brachte. — Über einzelne Fälle der Beschädigung von Gebäuden durch Bäume vgl. die anschauliche Schilderung in B. II cap. 125 des Rechtsbuchs des Johannes Purgoldt (Ausg. von Ortloff): Es sal ouch keyn boym mit seinen zcelgin hangen ober eynes andern mannes dach, uff das ome nicht dorvon gesche mit dem winde unndt von den blettern, die das gerynne stoppfen unndt licht unndt luft ome werin, her wolle es denne ome gerne vortragin. — Neben l. 1 Dig. XLIII, 27 hebt noch l. 2 Dig. l. c. (Pomponius, libro XXXIV. ad Sabinum) hervor: „Si arbor ex vicini fundo vento inclinata in tuum fundum sit ex lege duodecim Tabularum de adimenda

eine mildere Praxis dieses Gesetz so auslegte, „dass der überhängende Baum nur dann beseitigt werden dürfe, wenn er dem Nachbargrundstücke schade", entzieht sich unserer Kenntniss ebenso, wie die Beantwortung der Frage, ob in der Praxis im Falle des Brachliegens des benachbarten Feldes der überhängende Baum den Beschränkungen der tab. VIII, 7 nicht unterworfen zu werden brauchte, weil die Motivirung des Gesetzes „ne umbra vicino praedio noceret" nicht zutreffen würde. M. E. spricht die strenge Gesetzesauslegung besonders der älteren römischen Zeit eher dafür, beide Fragen zu verneinen.

Leichter wird uns die Entscheidung einer anderen Frage des Geltungsgebietes von Dig. XLIII, 27, nämlich derjenigen, welche locale Verhältnisse unter den beiden Worten „ager" und „aedes" zu begreifen sind.[58]) „Ager" ist seiner Grundbedeutung nach ein mit Halmfrüchten oder anderen Feldfrüchten bestelltes Grundstück, während unter „aedes" im Sinne von l. 1 pr. Dig. l. c. „quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet" nicht nur das Gebäude selbst, sondern da der Baum „ex aedibus impendet" zugleich auch der mit Gebäuden nicht besetzte, aber mit demselben unmittelbar zusammenhängende Raum zu verstehen ist, — eine Begriffsausdehnung, die uns darauf hinweist, dass „aedes" als Repräsentant des praedium urbanum, „ager" als solcher des „praedium rustinum" aufge-

---

ea recte agere potes, ius ei non esse, ita arborem habere". Es beziehen sich diese Worte auf den Fall, in welchem ein Baum durch die Gewalt des Sturmes umgebrochen oder mit einem Theil seiner Wurzeln aus dem Erdboden gehoben ist, und so sich auf das Nachbargrundstück neigt (hierzu Hesse, Über die Rsverhältn. zw. Grundstücksnachb. B. II S. 195; Voigt, a. a. O. B. II S. 628 u. 629). Man könnte vielleicht auch daran denken, dass Pomponius zum Unterschiede von l. 1 Dig. l. c., den Fall im Auge gehabt hat, in welchem ein Baum zwar nicht unter gewöhnlichen Verhältnissen auf das Nachbargrundstück reicht, aber doch so hart an der Gränze steht, dass er sich bei Sturm, vento inclinata, hinübergebeugt, so das Nachbargrundstück in derselben Weise wie in dem Falle l. 1 pr. Dig. l. c. gefährdet hat und dann in seine frühere Lage zurückgekehrt ist. Man müsste bei dieser Auslegung „inclinata sit" in seiner richtigen perfectivischen Bedeutung mit „geneigt gewesen ist" übersetzen. Ich gebe jedoch zu, dass diese Auslegung gekünstelt erscheinen kann und möchte daher diesen Gedanken nur berührt haben, ohne mich selbst ihm zuzuneigen.

[58]) Es bedarf der Beantwortung dieser Frage um so mehr, als sie sowohl in den Lehrbüchern, wie auch in den Monographieen mit Stillschweigen übergangen wird; nur Voigt enthält Bd. I. S. 725 und II. S. 634 eine Reihe Bemerkungen für die ältere römische Zeit. — Vgl. für die Identificirung von „ager" mit „praedium rusticum" Hesse, Über die Rechtsverh. zw. Grundstücksnachb. B. II S. 195 (2. Aufl. S. 523).

fasst werden muss. Es genügt hierbei wohl der kurze Hinweis, dass wir unter praedium urbanum jede Gebäudeanlage ohne Unterschied ihrer Beschaffenheit, Bestimmung und Lage, unter praedium rusticum, dagegen jedes zur Gewinnung natürlicher Früchte dienende Grundstück zu verstehen haben.

Wir schliessen überdies aus mancherlei Nachrichten, dass die XII Tafeln in tab. VIII, 6 den Ausdruck „hortus“ [54]), der dann erst durch den Prätor in „aedes“ umgewandelt wurde, enthielten. „Hortus“ aber bezeichnet den Bauernhof, d. h. einen mit Gebäuden bestandenen oder unmittelbar zu diesen gehörigen Raum eines Landgutes im nicht technischen Sinne, sodass die XII Tafeln mit der Gegenüberstellung von „hortus“ und „ager“ die Doppelnatur eines der Landwirthschaft dienenden Grundstücks umfassten. Zu dieser Erkenntniss werden wir auch dadurch gedrängt, dass die Hausanlage in den altitalischen Städten für Anpflanzungen nur einen beschränkten Raum gewährte, und der kleine Fleck Erde, welcher eine solche gestattete, nur zur Blumenzucht und besonders zum Gemüsebau, nie aber zur Baumcultur Verwendung finden konnte. [55]) Der Prätor, dessen Edict im Gegensatz zu den XII Tafeln stets den Stempel einer universell rechtschaffenden Thätigkeit trägt, vertauschte den speciellen Ausdruck „hortus“ mit dem allgemeineren „aedes“ [56]); vielleicht mochten veränderte Verhältnisse ihm eine umfassendere Bezeichnung wünschenswerth erscheinen lassen. —

Der Rechtsschutz, den das römische Recht dem Eigenthümer des Feldes bezieh. des Gebäudes gegen den Überhang des Nachbarbaumes gewährte, bestand in ältester Zeit, den Regeln des Legisactionenprocesses entsprechend, in einer speciellen actio für jeden der beiden Fälle des Überhangs, der actio de arboribus sublucandis und der actio de arboribus coinquendis. Neben dieselben tritt im prätorischen Edicte das interdictum de arboribus caedendis, welches den Nachbar, der die Beseitigung der überhängenden Zweige in

---

[54]) Über die Bedeutung von „hortus“ vgl. Brissonius s. v. hortus und hierzu C. 211 Dig de verb. signif. L, 16; — Ausserdem Voigt a. a. O. B. II S. 634 Anm. 9 und B. I S. 725.

[55]) Plautus, Most. 5 1, 4 und Mil. glor. II. 3, 69. — Ausserdem Plinius, Hist. nat. XIX. 4, 59 und besonders 51: Romae quidem per se hortus ager pauperis erat. Ex horto plebei macellum: quanto innocentiore victu (Voigt, a. a. O. II S. 634 Anm. 10.) Über die „viridaria“ der späteren Zeit vgl. Becker, Gallus II [4], 265; betreffs der Controverse, ob hier an die horti pensiles zu denken sei, vgl. Voigt a. a. O.

[56]) Über die Doppelbedeutung von „aedes“ vgl. l. 41 § 5 Dig. de legat. et fideicomm. (I); überdies Brissonius l. c. sub voce „aedes“.

gesetzlich vorgeschriebener Höhe, bezich. die des ganzen Baumes selbst vornahm, gegen den widerstrebenden Baumeigenthümer schützen sollte.[57]) Voraussetzung des genannten Interdicts ist nach der gegenwärtig allgemein angenommenen Ansicht nur, dass der Nachbar an den Baumeigenthümer vergeblich die Aufforderung gerichtet hat, seinen Baum in dem gesetzlich normirten Umfange zu beschränken. Die Frage, ob diese Selbsthülfe, deren Ausübung das interdictum de arboribus caedendis gewährleistete, ursprünglich nur mit der actio iudicati concurrirte, d. h. einen gerichtlich entschiedenen Rechtsstreit voraussetzte, und erst späterhin in Erweiterung ihrer Gränzen in den speciellen Fällen der actiones prohibitoriae auch ohne vorausgegangenes gerichtliches Verfahren Anwendung fand, ist m. E., wenn wir die Fassung des in Dig. XLIII, 27 überlieferten prätorischen Edictes zu Rathe ziehen, nicht mit voller Sicherheit zu entscheiden[58]); zweifellos aber müssen wir, wenn dem Nachbarn auch ohne vorausgegangene richterliche Entscheidung gestattet war, Selbsthülfe zu üben, dies Recht ihm um so unbedenklicher nach einem den Baumeigenthümer, condemnirenden rechtskräftigen Urtheile einräumen.

Was überdies die Art und Weise der vorher an den Baumeigenthümer ergehenden Aufforderung anlangt, so ist es jedenfalls unrichtig, wenn Koch a. a. O. S. 342 Anm. 1 annimmt, dass dieselbe auch nach Dig. XLIII, 27, in der Anstellung der actio negatoria besteht, es genügt vielmehr hier eine seitens des Nachbars an den Baumeigenthümer ergangene, keiner Form bedürfende Mahnung[59]), den gesetzwidrigen Zustand zu beseitigen, und die

[57]) l. 1 § 1 Dig. l. c.: Hoc interdictum prohibitorium est. — Vgl. Paulus, rec. sent. lib. V tit. VI § 13: Quodsi conventus dominus id facere noluerit a vicino luxuries ramorum compescatur, idque qualiscumque dominus facere non prohibetur.

[58]) Voigt spricht sich in seinem mehrfach citirten Werke B. I S. 502 und II S. 634 für die Bejahung dieser Frage aus; — vgl. Hesse, Über die Rechtsverhältn. zw. Grundstücksnachbarn B. II S. 195 (2. Aufl. S. 523).

[59]) Lauterbach, colleg. practic. III pg. 422, meint allerdings, dass die Aufforderung durch den Richter erfolgen müsse, hält jedoch eine blosse Denunciation für genügend. Zweifellos beziehen sich die Worte „si per te stat“ auf diese an den Baumeigenthümer ergangene Aufforderung und die darauf folgende Renitenz des Genannten. Der Ausdruck „si per te stat“ wird von den Quellen vielfach mit dem Begriffe der mora identificirt l. 33 § 1 de receptis 4. 8; l. 21 § 3, l. 51 pr. de act. emti 19, 1; — Guyet a. a. O. XVII S. 39; — Massot, Archiv für praktische Rechtswissensch. a. F. B. VIII S. 281 ff. Anm. 2; Vgl. auch Schäffer, Beiträge zur Lehre von der Selbsthülfe u. s. w. im Archiv für praktisch. Rechtswiss. a. F. B. I S. 11, und Andreä, ad tit. de arbor. caed. (1818) pg. 31.

Nichtbefolgung dieser Aufforderung durch den Letzteren zugleich suchte der Prätor mittelbar dadurch einen Druck auf den Baumeigenthümer auszuüben, dass er dem Nachbar, welcher sich des Überhangs durch Anwendung von Selbsthülfe erwehrte, die Aneignung des hierbei gewonnenen Holzes gestattete.[60])

Von einem Sondereigenthum an den überhängenden Ästen kann selbstverständlich vor ihrer Trennung von dem Baume nicht die Rede sein, die Äste sind Eigenthum des Eigenthümers des Baumes, d. h. desjenigen, in dessen Grund und Boden der Baum seine Wurzeln geschlagen hat, und für den Fall, dass der Baum „radicibus vicini aletur", desjenigen, „in cuius fundo origo eius fuerit".[61]) Der Grundstücksnachbar erwirbt das Eigenthum an den getrennten Ästen bezieh. an dem ganzen Baume erst dann, wenn der Eigenthümer des Baumes der an ihn ergangenen Aufforderung,

[60]) Von der Gewährung eines „Vortheils" an den Baumeigenthümer, welcher der Aufforderung seines Nachbars entspricht, kann nur abusiv gesprochen werden, da der Baumeigenthümer nur das behält, was ihm bereits thatsächlich gehört hat. — In l. 1 § 4 l. c. wird dem Usufructuar des Nachbargrundstücks, welcher einem schadenstiftenden Überhandnehmen des an der Gränze wachsenden Baumes gegenüber die gleichen Interessen als der Eigenthümer des geschädigten Feldes oder Hauses hat, auch das gleiche Recht, welches man dem letzteren gewährt, zugestanden. Steht das durch den Umfang beeinträchtigte Grundstück im Miteigenthum, so kann jeder der Miteigenthümer das Interdictum, ebenso wie jeder derselben die Servitutenklage anstellen darf, geltend machen (l. 1 § 5 D. l. c.).

[61]) Diese Streitfrage erforderte an sich eine ausführlichere Behandlung; da sie hier nur vorübergehend gestreift wird, so soll nur Folgendes zur Begründung der im Texte vertretenen Ansicht bemerkt werden: Allerdings herrscht zwischen den hier einschlagenden Quellen insofern ein Widerspruch, als nach der Bestimmung von § 31 J. de R. D. II, 1 und l. 7 § 13 Dig. de adquir. ver. dom. XLI, 1 ein „prope confinium" gelegener Baum, „si etiam in vicinum fundum radices egerit, communis est", während l. 6 § 2 Dig. arb. furt. caes. XLVII, 7 entscheidet: „Si radicibus vicini arbor aletur, tamen eius est, in cuius fundo origo eius fuerit"; wenn wir aber, wie dies Windscheid § 188 Anm. 7 thut, auf den Versuch einer Lösung dieses Widerspruchs verzichten, so müssen wir doch unbedingt die letztere Ansicht der an erster Stelle genannten vorziehen. Es ist ein Mal unschwer einzusehen, zu welchen Conflicten es führen würde, wenn ein in der Nähe der Gränze wachsender Baum damit, dass eine seiner Wurzeln auf das Nachbargrundstück reichte, sofort Miteigenthum der beiden angränzenden Grundeigenthümer werden würde, andererseits scheint aber auch im römischen Recht selbst diese letztere Auffassung als die herrschende gegolten zu haben, weil sonst jede Erklärung für l. 1 Cod. de interd. VIII, 8 (vgl. Anm. 68) fehlen würde. Über die hinsichtlich der ebengen. Stellen angestellten Vereinigungsversuche vgl. Hesse, Rechtsverh. zw. Grundstücksnachb. B. II S. 182 ff. (2. Aufl. S. 522) u. Vangerow, § 329 Anm. 2. — Anders gestalten sich die Verhältnisse dann, wenn der Baum „in confinio" (auf der

Digitized by Google

ihre Beseitigung vorzunehmen, keine Folge leistet, und nun er die Äste bezieh. den ganzen Baum selbst abschneidet.[62])

Über den Eigenthumserwerbsgrund, der hierbei auf Seiten des Grundstücksnachbars vorliegt, ist man in der Literatur bisher zu keiner feststehenden Ansicht gelangt, meist berührt man die Frage nur kurz, ohne auf ihren Kernpunkt einzugehen. Man könnte an eine Dereliction der Äste bez. des ganzen Baumes durch den bisherigen Eigenthümer und eine darauf folgende Occupation dieser Objecte durch den Nachbar denken[63]), dem steht jedoch entgegen, dass die Dereliction eine ausdrücklich ausgesprochene oder den Umständen nach zu präsumirende Derelictionsabsicht des Eigenthümers verlangt, während in unserem Falle der Baumeigenthümer damit, dass er erklärt, er entspräche dem an ihm gestellten Ansinnen nicht und unterlasse die von ihm geforderte Beseitigung, nicht zu erkennen giebt: „ich begebe mich meines Rechtes an den abzuschneidenden Ästen bezieh. an dem schadenstiftenden Baume und gestatte Dir, dem Nachbar, ihre Beseitigung und Aneignung".[64]) Wenn man aber in unserem Falle von einer „gesetzlich zu präsumirenden Dereliction" sprechen will, so ist dies, abgesehen davon, dass wir um eine entbehrliche Fiction reicher wären, eine blosse Wortspielerei. Man giebt damit zu, dass der Grund des Eigenthumserwerbs in dem Gesetze selbst zu suchen ist, und kommt deshalb

---

Gränzlinie, nicht prope confinium) wächst. Windscheid unterlässt es im § 188 Anm. 7, diese Fälle (l. 19 pr. Dig. comm. div. X, 3; l. 83 Dig. pro soc. XVII, 2) von den vorgenannten zu trennen, während die herrschende Ansicht, und in Übereinstimmung mit Letzterer der Verfasser, die Nothwendigkeit einer diesbezüglichen Scheidung betont; hier liegt ein condominium pro diviso vor, d. h. es gebührt jedem der angränzenden Grundstückseigenthümer das Stück, welches aus seinem Grund und Boden „sichtbar hervorwächst" (Wächter: II § 133 Beil. IV, 3). Vgl. hierzu ausser Hesse u. Vangerow a. a. O., Girtanner, in v. Gerber's u. Ihering's Jahrbüchern III S. 285 fg.; Schmid, a. a. O. B. I S. 155 fg. Note 94; Pagenstecher, Pandekten-Praktikum (Heidelberg 1860) S. 218. Die unrichtige Ansicht Gesterding's, a. a. O. S. 243, wird gegenwärtig durch Niemand mehr vertreten (Vangerow, a. a. O. unter 2).

[62]) Bezüglich der Wahl der Mittel, deren sich der Grundstücksnachbar zum Zwecke der Beseitigung des Überhangs der einzelnen Äste bezieh. des ganzen Baumes bedienen darf, besteht keine Beschränkung; ausgeschlossen ist natürlich jede Vornahme seinerseits, welche ein chikanöses Handeln in sich begreift. Zum Zwecke der Beseitigung des ganzen Baumes wird sich in der Regel das Betreten des Grundstücks des Baumeigenthümers nothwendig machen.

[63]) So Bekker, a. a. O. S. 169.

[64]) Vgl. auch unten Anm. 271.

m. E. der Wahrheit am nächsten, wenn man das Gesetz kurzweg als Quelle des zu Gunsten des Nachbars bestimmten Eigenthumsüberganges an dem Holze der abgeschnittenen Zweige bezeichnet. Da die Digesten selbst nirgends eine Klage des Nachbars gegen den Baumeigenthümer erwähnen, mittelst deren der Letztere gezwungen werden könnte, die Beseitigung der überhängenden Äste zu bewirken, so hat man daraus schliessen wollen, dass dem Nachbar nach dem Verschwinden der obenerwähnten actio de arboribus sublucandis und der actio de arboribus coinquendis nur der Weg der Selbsthülfe überlassen, und ihm kein Mittel geboten gewesen wäre, die Beseitigung des Überhangs auf dem Wege einer gegen den Baumeigenthümer gerichteten Klage zu erzwingen.[65]) Im Gegensatz hierzu spricht sich die gegenwärtig herrschende Ansicht in der Theorie sowohl wie in der gemeinrechtlichen Praxis mit Recht dahin aus, dass der Nachbar auf Grund seines Eigenthumsrechts an der über seinem Grundstücke befindlichen Luftsäule mittelst der actio negatoria die Beschneidung der überragenden Zweige fordern könne, — ein Gedanke, den wir für das ältere römische Recht bestimmt in Abrede stellen mussten. Voigt verwirft diese Construction eines Eigenthumsrechtes an der Luftsphäre auch im Hinblick auf das justinianische Recht und behauptet, dass auch dieses die Luftsäule oberhalb eines Grundstücks nur als Object eines blossen Nutzungsrechtes . . ., somit als ein dem Prädialservituten-Rechte analoges Stück der „causa rei“ aufgefasst habe. Letzteres würde an sich die Anwendung der actio negatoria gegenüber den überragenden Zweigen eines fremden Baumes nicht hindern, nur bedürfte es, sofern man sich der Ansichts Voigt's anschliesst, um die actio negatoria erheben zu können, des Nachweises einer in Folge des Überhanges thatsächlich vorhandenen oder doch wenigstens drohenden Störung in der Ausübung dieses „Nutzungsrechtes“.

Eine andere, für diejenigen Länder, in denen noch heute die römischen Grundsätze des Überhangsrechtes gelten, praktisch wichtige Frage ist die, ob der Eigenthümer eines Feldgrundstücks mittelst der actio negatoria die Beseitigung sämmtlicher überhängender Äste fordern darf, oder auch hier an die Massbestimmung

---

[65]) Gegen diese Schlussfolgerung mit Recht Bekker, in den Jahrb. des germ. Rechts B. V. S. 170. — Kein Gegengrund gegen das Vorhandensein der Möglichkeit, den Baumeigenthümer mittelst einer Klage zur Beschneidung seines Baumes zu zwingen, ist in den Worten des § 13 von Pauli, recept. sent. V. 6: „Quodsi conventus dominus id facere noluerit, a vicino luxuries ramorum compescatur.“ Hier soll nur die Voraussetzung für die seitens des Nachbars

der „quindecim pedes a terra altius" gebunden ist. Hesse[66]) spricht sich, obgleich er rücksichtlich der Auslegung der „quindecim pedes etc." mit der vom Verfasser vorgetragenen Ansicht übereinstimmt, für die Bejahung des ersten Theils dieser Frage aus; — m. E. mit Unrecht. Sobald wir auf Grund der rechtshistorischen Entwickelung des römischen Überhangsrechtes (vgl. oben bei Anm. 22) in der Bestimmung der „quindecim pedes a terra altius" zur justinianischen Zeit eine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung des Feldgrundstücks sehen, so ist der von dem Eigenthümer des Letzteren erhobenen actio negatoria auch nur eine auf dieses Mass beschränkte Wirkung einzuräumen.[67])[68])

---

§ 2. Dig. XLIII, 28 de glande legenda.

Zu weit weniger Zweifeln giebt das von uns im Zusammenhang mit dem Überhangsrecht zu behandelnde Überfallsrecht im

---

zu übende Selbsthülfe angegeben, nicht aber ausgesprochen werden, dass dieses „nolo" des Baumeigenthümers in keiner Weise zu beugen sei.

[66]) Hesse, Über die Rechtsverhältn. zwischen Grundstücks-Nachbarn B. II S. 210 (2. Aufl. S. 541).

[67]) Hiermit übereinstimmend Massot, im Archiv für prakt. Rechtswiss. B. VIII S. 284; ebenso die Ausführungen in einem Erkenntniss des O. A. G zu Wolfenbüttel bei Seuffert, Archiv Bd. XI Nr. 115. Ein sächs. Erkenntniss in den „Annalen des Oberappellationsgerichts zu Dresden" B. VI S. 387 behandelt diese Frage nur in allgemeinen Zügen.

[68]) Über die analoge Ausdehnung der Bestimmungen von l. 1 Dig. XLIII, 27 auf die in das fremde Grundstück hinüberragenden Wurzeln vgl. Vangerow, § 297 unter 4; Wächter, § 119 IV; Hesse, Rechtsverh. zw. Grundstücksnachbarn II S. 194 (2. Aufl. S. 522); Massot, im Archiv für prakt. Rechtswissensch. Bd. VIII S. 285 fg. Allerdings erwähnt l. 6 § 2 Dig. arbor. furt. caes XLVII, 7 nur den Fall einer gegen den Baumeigenthümer zu erhebenden Klage (Si arbor in vicini fundum radices porrexit, recidere eas vicino non licebit, agere autem licebit, non esse ei ius, sicuti tignum aut protectum immissum habere], l. 1 Cod. de interd. VIII, 1 will jedoch für den Fall überragender Wurzeln die Bestimmungen von l. 1 Dig. XLIII, 27 völlig analog angewandt wissen: Quum proponas radicibus arborum in vicina Aganthangeli area positis, crescentibus fundamentis domus tuae periculum afferri, praeses ad exemplum interdictorum, quae in albo proposita habet: „Si arbor in alienas aedes impendebit, item si arbor in alienum agrum impendebit", quibus ostenditur, nec per arboris quidem occasionem vicino nocere oportere, rem ad suam aequitatem rediget. Vgl. hierzu auch die Ausführungen in den „Annalen des sächs. Oberappellationsger. zu Dresden" Bd. VI S. 387 fg., und die in dem „Wochenbl. für merkwürdige Rechtsfälle", Jahrg. 1855 S. 186.

Digitized by

römischen Rechte Anlass.[69]) Justinian beschränkt sich auch darauf, neben der prätorischen Bestimmung:

> Ait Prätor: Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quo minus illi tertio quoque die legere, auferre liceat, vim fieri veto,

in l. un. § 1 Dig. XLIII, 28 die kurze erläuternde Bemerkung aus Ulpian's LXXI B. ad Edict.:

> Glandis nomine omnes fructus continentur,

wiederzugeben.

Es ist bereits oben bei Anm. 41 darauf hingewiesen worden, welcherlei Art die an der Gränze wachsenden und neben den Marksteinen als Markzeichen dienenden Bäume waren; zugleich wurde auf die für die Anpflanzung derselben massgebende Stelle l. 13 Dig. X, 1:

> at vero oleam aut ficum ab alieno ad novem pedes plantato, ceteras arbores ad pedes quinque,

in welcher der praktische Gesichtspunkt einer wohlthätigen Bevormundung des Baumeigenthümers unschwer erkennbar ist, Bezug

---

[69]) An Literatur vgl. Krebs, tract. de ligno et lapide vol. I pg. 63 sequ.; Heinrich Hildebrand, de fructibus in alienum praedium propendentibus, Altorf 1746 (Dissertation). Es ist bei dieser Schrift nicht mit Sicherheit zu bestimmen, ob sie Hildebrand Prof. sen. oder der zu Promovirende (Balthasar Sebastian Munker) selbst verfasst hat, und ist deshalb die übliche Anführung unter Hildebrand's Namen (so bei Thibaut, Runde, Eichorn, Mittermaier u. a.) beibehalten; die am Ende angefügten Glückwunschgedichte der Opponenten, sowie die Schlussworte der Dissertation lassen es wahrscheinlicher erscheinen, dass Munker der Verfasser ist; — Wildvogel, l. c. § XI (pg. 17); — Thibaut, Archiv für civilist. Praxis B. I S. 117 fg.; — Rosshirt, Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht B. I Heft 1 S. 117—119; — Schweppe, juristisches Magazin B. I Heft I S. 142—145; — Weiterhin Grimm, „Etwas über den Überfall der Früchte und das Verhauen überragender Äste" in der Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft B. III S. 549 ff.; Kritik hierzu: Gaupp Zeitschrift für kritische Rechtswissensch. B. III Heft 2 S. 254, Gegenkritik hierzu Grimm an demselb. Orte B. IV S. 171, und wieder Gaupp a. a. O. B. IV S. 501—503. Ausserdem vgl. die bereits in der Literatur des Überhangsrechtes Aufgeführten, so Koch a. a. O. S. 349; — Dirksen a. a. O. S. 423 fg.; Hesse, Über die Rechtsverhältn. zwischen Grundstücksnachb. B. II S. 197 ff. (2. Aufl. S. 526 ff.); — Bekker a. a. O. S. 164; — Von Lehrbüchern vgl. Thibaut a. a. O. § 271; hierzu Froben, Erörterungen B. II S. 156; — Puchta § 399 sub 1; — Vangerow a. a. O. § 297 No. 3; — Sintenis B. I § 47; — Arndts § 347 sub 1; — Holzschuher B. II § 99 sub 5; — Schmid a. a. O. B. I S. 22 sub 4; — Böcking a. a. O. II, 1 S. 50 sub 3; — Brinz § 133; — Windscheid B. I S. 169 sub 3 (S. 526); — v. Wächter B. II § 119 Beilage II (S. 16); — Dernburg B. I § 200; — Weiterhin Voigt a. a. O. B. II S. 643 ff.

Digitized by Google

genommen. Aus den angegebenen Entfernungen will nun Koch einen Schluss auf die Entstehung des edictum de glande legenda ziehen[70]), indem er auf Grund derselben folgert, dass der Terassenbau, die seiner Meinung nach überwiegende Art der Anlage der römischen Felder, den Anlass zur Schaffung des edictum de glande legenda gegeben haben müsse, da es sonst nicht begreiflich wäre, wie die herabfallenden Früchte auf das Nachbargrundstück gelangen sollten.[71]) Zweifellos aber kann der Terassenbau, wie überall, so auch in Italien, nur als Ausnahme von der normalen Feld- und Gartenanlage gelten, da die Flussthäler und Ebenen Italiens den Landbau in dieselben Bahnen leiten, wie in unseren Gegenden; gerade die Rom umgebende, ehemals fruchtbare Ebene, welcher die XII Tafeln und nach ihnen der Prätor die Motive für ihre landwirthschaftlichen Gesetze entnahmen, bot für den Terassenbau und eine hierauf zielende Rechtsentscheidung keinen Anlass.[72])

Dadurch, dass wir annehmen, dass der Nachbar einen Überhang i. e. S. dulden musste, wird jeder Zweifel über die Art und Weise, wie die Früchte des an der Gränze wachsenden Baumes auf das Nachbargrundstück gelangten, gehoben; wir können aber auch, wenn wir uns die Sachlage im Sinne der Koch'schen Ansicht vor Augen führen, bei der Aufsuchung des Grundes für Dig. XLIII, 28 de glande legenda auf weit einfachere Motive, wie z. B. das Herabwehen der Früchte durch den Wind, oder das Hinüberrollen der herabfallenden und in Folge ihrer Elasticität wieder emporspringenden Früchte auf das durch keinen Zaun getrennte Nachbargrundstück zurückgehen, zumal ja damit, dass der Stamm der Bäume 9 Fuss von der Gränze des benachbarten Feldes entfernt sein musste, nicht gesagt ist, dass nicht die Äste bis unmittelbar an die Gränzlinie selbst heranreichten, sodass es nur einer geringen Abweichung von dem senkrechten Fall oder einer unbedeutenden Neigung des Bodens bedurfte, um die sich loslösenden Früchte auf das Nachbargrundstück gelangen zu lassen. —

[70]) Koch a. a. O. S. 349.

[71]) Koch a. a. O. S. 350 glaubt einen Beleg hierfür in dem Wortlaute des Titels de glande legenda selbst zu finden. Da hier gesagt wurde „quae ex vicino agro cadunt", so beweise dies, dass die Früchte erst von dem Acker, auf welchen sie gefallen seien, auf das Nachbargrundstück gelangen mussten, und dies sei nur bei einer terassenartigen Anlage der Felder und Gärten möglich.

[72]) Betreffs der Gartenanlagen im alten Rom vgl. oben bei Anm. 55. — Koch glaubt ausserdem die Entstehung der actio aquae pluviae arcendae auf den Terassenbau zurückzuführen zu müssen, während jeder Rinnstein den Beweis liefert, welche geringe Senkung genügt, um dem Wasser-Bewegung und Richtung zu geben.

Google

Ebenso wie das edictum de arboribus caedendis, so basirt auch das edictum de glande legenda auf den XII Tafeln, für zweifelhaft galt es nur von jeher, ob bereits die XII Tafeln die Bestimmung des tertio quoque die enthielten, oder ob diese Begränzung des Leserechtes eine nicht durch den Prätor geschaffene Neuerung sei. Während man sich bisher allgemein im Sinne der letzteren Auffassung entschied[73]), betont neuerdings Voigt im Gegensatz hierzu, dass sich diese Terminsbestimmung bereits in den XII Tafeln vorgefunden haben müsse, und kein Zusatz einer späteren Zeit sein könne, weil sonst für den Fall einer Entstehung dieses Zusatzes in der goldenen Latinität anstatt des „tertio quoque die" die richtigere Form „tertia quaque die" gewählt worden wäre.[74])

Dieses „tertio quoque die" ist es, welches zu zweifeln Anlass giebt, und über dessen Auslegung sich eine kaum zu erwartende Anzahl differenter Ansichten gebildet hat. Gegenwärtig ist der grösste Theil derselben als völlig unhaltbar aus der Literatur verschwunden; es erscheinen deshalb von den noch im 18. Jahrh. bestehenden circa 8 verschiedenen Auffassungen über die Wiedergabe des „tertio quoque die" nur einige der Aufführung werth: So behauptet eine Ansicht, dass unter je 3 Tagen ein Tag zum Sammeln der Früchte gewählt werden könne.[75]) Gesterding nimmt an, dass das interdictum de glaude legenda in 3 Tagen von dem Momente an gerechnet, in welchem der Nachbar das Betreten seines Grundstücks dem Baumeigenthümer versagte, verjähre, und nennt diese Ansicht gegenüber der bei Anm. 80 bemerkten Auslegung Thibaut's die „natürlichere".[76]) Der Prätor habe zur Vermeidung gerichtlicher Streitigkeiten eines so unbedeutenden Gegenstandes, wie herabgefallener Früchte wegen, die Rechtsverfolgung in so enge Schranken eingeschlossen.[77]) Ruginellus[78]) endlich legt l. un.

---

[73]) Hildebrand, l. c.; Rivalius, Hist. jur. civ. lib. II num. 10; — Dirksen, a. a. O. S. 424.

[74]) Voigt, a. a. O. B. II S. 646 bei Anm. 17.

[75]) Hildebrand, l. c. pg. 17. — Krebs l. c. vol. I pg. 64.

[76]) Gesterding, „Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum und solchen Rechten, die ihm nahe kommen" (1817), S. 24. — Ebenso die Basiliken; vgl. hierzu Koch a. a. O. S. 335, Holzschuher a. a. O. B. II § 99 sub 5.

[77]) Von anderer Seite wird als Grund hierfür angegeben, dass die Frist deshalb so kurz bemessen sei, damit das Urtheil innerhalb eines Zeitraumes von 3 Tagen gesprochen und so ein Faulwerden der herabgefallenen Früchte, bezüglich deren das Urtheil gefällt werde, vermieden würde.

[78]) Jul. Caes. Ruginellus, de arbor. controv. rep. 6 num. 4; — vgl.

Digitized by Google

Dig. XLIII, 28 so aus, dass, weil die Früchte allmählich reiften und sich nicht an einem Tage, sondern nach und nach an einer Reihe von Tagen vom Baume lösten, jede Frucht, die auf das Nachbargrundstück fällt, nur 3 Tage lang vom Baumeigenthümer aufgelesen werden dürfe, während sie nach Ablauf dieser Frist dem Eigenthümer des Grundstücks, auf dem sie liegt, verfällt. Als Beweis hierfür wird angeführt, dass eine vollkommen reife Frucht nach drei Tagen, wenn sie nicht innerhalb dieser Frist nach ihrer Trennung vom Baume aufgelesen werde, zu faulen begönne, und dass sie unter diesen Umständen nach Ablauf der gedachten Frist als derelinquirt gelten müsse und dem Nachbar zufiele.

Es ist nicht zu leugnen, dass diese letztgenannte Deduction, oberflächlich betrachtet, etwas Bestechendes besitzt, sie läuft jedoch sowohl dem Rechte, als auch — in Folge ihrer Undurchführbarkeit in der Praxis — der Vernunft zuwider [79]), und ist deshalb, gleichwie die an erster Stelle aufgeführten nur schwach begründeten Ansichten, gegenwärtig von der Theorie wie von der Praxis mit Recht verworfen, man streitet vielmehr in der neueren Literatur in der Hauptsache nur darüber, ob vermöge des „tertio quoque die" der Baumeigenthümer, wenn er an einem, — dem ersten Tage zur Abholung seiner Früchte bei dem Eigenthümer des Nachbargrundstücks vorgesprochen hat, erst am dritten Tage darauf, den Zutritt zu dem Nachbargrundstück von Neuem fordern darf, oder ob demselben durch diesen Zusatz gestattet wird, das Nachbargrundstück einen um den andern Tag zu betreten.

Für die erstere Ansicht haben sich Thibaut, Schmid, Sintenis u. a. [80]) erklärt, das Beweismaterial der genannten Vertreter beschränkt

---

hierzu: Hildebrand, l. c. pg. 17, und die daselbst Citirten: Wissenbach ad. D. disp. 24 thes. 23; Brunnemann ad l. un. de glande leg. num. 3; — Vor Allem Carpzow ps. III const XXXII def. 25: „nam postea putrescunt et pro derelicto habentur adeoque vicino cedunt". — Froben, Erörterungen B. II S. 156.

[79]) Man vergegenwärtige sich die Unmöglichkeit, bei jeder einzelnen Frucht zu constatiren, ob dieselbe bereits drei Tage auf dem Nachbargrundstück gelegen und demgemäss als derelinquirt gelten kann. — Über andere Ansichten vgl. Hildebrand, l. c. pg. 16 und 17.

[80]) Thibaut hat anfänglich die letztere der beiden gegenübergestellten Ansichten vertreten (vgl. Archiv für civilist. Praxis B. I S. 117 und 118; Thibaut, civilistische Abhandlungen B. I No. 1) hat sich später aber bleibend zu der ersteren Auffassung bekannt (vgl. Thibaut, System VIII Aufl. § 582 Note p, Froben, Erörterungen II S. 156 u. 157; — Schmid a. a. O. B. I S. 23 sub Anm. 25; — Sintenis a. a. O. S. 487 bei Anm. 24 u. die dort Ge-

Digitized by Google

sich jedoch auf rein sprachliche Gründe, ohne den praktischen Gehalt des tit. 28 l. c. in Betracht zu ziehen. Vor Allem ist es die Stelle Suetons in vita Caesaris cap. 40:

> annum ad cursum solis accomodavit, ut CCCLXV dierum esset et intercalario in mense sublato unus dies quarto quoque anno intercaleretur,

und weiterhin der bei der Jahresangabe eines „lustrum" übliche Sprachgebrauch, wonach ein „lustrum" „quinto quoque anno" stattfinde, obgleich nur 4 Jahre dazwischen lägen, — auf welche man sich stützt.

Die an zweiter Stelle gedachte Auslegung vertreten Puchta, Arndts, Wächter, Windscheid u. a.[81]), und ist diese nach der Ansicht des Verfassers vor Allem aus sachlichen Gründen die allein richtige. Streng genommen hätte der Baumeigenthümer jederzeit das Recht, die abgefallenen Früchte als sein Eigenthum in Anspruch zu nehmen und dementsprechend auf dem Nachbargrundstücke aufzusammeln —, dieses Recht ist an sich kein intermittirendes[82]), zur Vermeidung von Chikane seitens des Baumeigenthümers hat man jedoch eine Gränze für die Ausübung dieses seines Eigenthumsrechts geschaffen und gestattet dem Genannten nur, in gewissen Zeitpausen das Nachbargrundstück zu betreten. Würde man nun diesen Zeitraum, welcher zwischen den Momenten, in denen ein Betreten des Nachbarfundus gestattet ist, auf zwei Tage bemessen, so würde der praktische Zweck, den man verfolgt, durch übergrosse Schonung des Eigenthümers des benachbarten Grundstücks vollständig hinfällig werden. Es gehört wenig Naturkenntniss und Beobachtungsgabe dazu, um einzusehen, dass der Baumeigenthümer in der Mehrzahl der Fälle nur Früchte, welche durch das

---

nannten; — Holzschuher a. a. O. B. II § 99 sub 5; — Hesse a. a. O. B. II S. 197 fg. (2. Aufl. S. 526 fg.); — Dirksen a. a. O. S. 424; — Besonders ausführlich Guyet im Archiv für civil. Praxis B. XVII H. 1 S. 64—76; — Vgl. auch Grimm, Zeitschr. für gesch. Rechtswissensch. B. III S. 357, sowie Grimm in der Krit. Zeitschr. für Rechtswiss. B. IV H. 1 S. 171 gegen die Kritik Gaupp's in der Kritischen Zeitschr. für Rechtswissensch. B. III H. 2 S. 254, und hierzu wieder Gaupp a. a. O. B. IV S. 501—503. — Von älteren Quellen vgl. Cicero, in Verr. orat. II sp. 56 No. 139; — Macrob. Saturnal. Lib. I c. 13. 14; — Isidori orig. Lib. VI cap. 17 § 15.

[81]) Puchta § 399 sub 1; Arndts § 377 sub 1; Wächter II S. 16 sub Beil. II; Windscheid a. a. O. B. I S. 526 sub 3 u. Anm. 9. — Ebenso Böcking a. a. O. B. II S. 50 sub 3; — Voigt a. a. O. B. II S. 646; — Weiske, Landwirthschaftsr. § 82. Vgl. auch Dernburg a. a. O. § 200 Anm. 5.

[82]) Vgl. unten bei Anm. 94.

Digitized by Google

längere Liegen faul und unbrauchbar geworden sind, vorfinden würde. Diese Nothwendigkeit, die für das Aufsammeln der Früchte bestimmten Termine in kürzeren Zeitabschnitten einander folgen zu lassen, wächst mit der Überlegung, dass die Bestimmung der l. un. Dig. XLIII, 28 in einem so sonnenreichen Lande wie Italien, in welchem vermöge der grösseren Wärme auch die Fäulnisserscheinungen rascher auftreten, entstanden ist. Vielleicht bestände diese Nothwendigkeit weniger für glandes, es trifft aber nach Ulpian's Zusatz:

„Glandis nomine omnes fructus continentur“[83]),

die Bestimmung des tertio quoque die ebenso gut alle anderen Früchte.

Auch sprachliche Gründe[84]) führen, obgleich dieselben in Folge ihrer vielfach umstrittenen Natur nicht als allein entscheidend bezeichnet werden können, zu derselben Auslegung:

Es wird gegenwärtig trotz des noch immer nicht endgültig entschiedenen Streites der Meinungen als Regel des älteren römischen Sprachgebrauchs betrachtet, dass bei Zahlangaben durch Ordinalzahlen die Frist bereits an dem Tage, in welchem der mathematische Anfangspunkt liegt, zu laufen beginnt, somit eine Zurückdatirung des Beginns dieser Frist auf die vorhergehende Mitternacht zu erfolgen hat.[85]) Hiernach ergiebt sich für die

---

[83]) Vgl. oben bei Anm. 69. Über den Begriff des Wortes „glans“ vgl. Voigt a. a. O. B. II § 151 (S. 643 fg.).

[84]) M. E. überwiegen die ebenangeführten sachlichen Gründe, denen von gegnerischer Seite nichts entgegengesetzt werden kann.

[85]) Die entgegengesetzte Ansicht rechnet wie bekannt den Anfang der Frist erst vom Anbruche des kommenden Tages. Es ist hier nicht der Platz, diese Controverse eingehender zu besprechen, vielmehr soll nur auf die hauptsächliche Literatur hingewiesen werden. Savigny stellt allerdings in seinem System. B. IV S. 361 ff., 602 ff. eine grössere Anzahl Fälle einander gegenüber, aus denen er folgert, dass der römische Sprachgebrauch in dem im Texte bezeichneten Punkte ein äusserst schwankender gewesen sei, (vgl. auch Vangerow B. I § 297 sub 3; — Sintenis B. I S. 228 fg.; — Holzschuher B. I § 43), nur wird auch von Savigny und Vangerow so viel festgestellt, dass der häufigere Sprachgebrauch bei Ordinalzahlen die im Texte dargestellte Ansicht bestätigt. Gegenwärtig wird nach dem Vorgange Bachovens in der Zeitschrift für Civilr. u. Process B. XVIII S. 38 ff. S. 47—50, von Wächter's, B. II S. 16 sub Beil. II u. a. ein Schwanken des älteren römischen Sprachgebrauchs bei Ordinalzahlen mit Bestimmtheit verneint, und angenommen, dass erst Missverständnisse späterer Zeiten sowie einreissende Sprachunregelmässigkeiten Störungen und Abweichungen von dem bisherigen festen Gebrauche hervorgerufen hätten. — Vgl. auch Mommsen, römische Chronologie S. 162 und Windscheid B. I S. 301.

Digitized by Google

Quellenbezeichnung „tertio quoque die“ in tit. 28 l. c. die Auslegung, dass der Baumeigenthümer seine Früchte an jedem dritten Tage abholen, demgemäss, von der andern Seite betrachtet, der Eigenthümer des Nachbargrundstücks ihm nur einen um den andern Tag das Betreten des Grundstücks verweigern darf.

Beabsichtigte nun die Hinzufügung einer Zeitangabe, welche die Beschränkung des Eigenthümers des Nachbargrundstücks, dem Baumeigenthümer den Zutritt zu seinem Grundstück gestatten zu müssen, für bestimmte Tage aufhob —, einer etwaigen Chikane des Letzteren gegen seinen Nachbar zu steuern[86]), so schützte den Grundstücksnachbar noch ein weiterer Factor, nämlich die Verpflichtung des Eigenthümers des Baumes, Caution für eine eventuelle Beschädigung, welche durch das Betreten sowie das Aufsammeln der Früchte dem Nachbargrundstück zugefügt werden könnte, zu stellen.[87])

Der Rechtsschutz, den das römische Recht dem Eigenthümer des Fruchtbaums gewährt, ist das interdictum de glande legenda, und zwar ist der hierdurch gesicherte Anspruch der Natur der Sache nach kein dinglicher, sondern lediglich ein obligatorischer. Er geht nicht auf die Früchte selbst, sondern darauf, dass ihm, dem Eigenthümer des Baumes, gestattet werde, das Nachbargrundstück zum Zwecke des Abholens der Früchte zu betreten.[88])

Unrichtig ist es, das interdictum de glande legenda als eine

---

[86]) Nicht ganz correct ist es m. E. wenn Grimm, Kritische Zeitschr. für Rswissensch. B. IV (1828) S. 174 dieser Beschränkung des römischen Rechts zum Beweise dafür, dass man in dem älteren deutschen Rechte „gar nichts aus dem unschädlichen Betreten eines fremden Gartens machte“, ed. Roth. 289 [Si quis in hortum alterius intraverit aut salierit ad furtum feciendum componat sol. VI, nam si pro sua re ingreditur et damnum non fecerit, non sit culpabilis (mit Grimm nach Walter, corp. iur. German. I pg. 737 citirt).] entgegensetzt, denn in letzterem Falle handelt es sich um die Verneinung der Auffassung, dass in diesem Betreten eines fremden Grundstücks „pro sua re“ eine mit Busse bedrohte strafbare Handlung vorliegt.

[87]) Cautio damni infecti. — Windscheid B. I § 169 Anm. 9. — Hoffmann, Archiv für praktische Rechtswissenschaft n. F. B. I S. 290.

[88]) Bei dem Überfall der Früchte überwiegt aus leicht erklärlichen Gründen der Gesichtspunkt, welche Rechtsmittel dem Baumeigenthümer mit Bezug auf die auf dem Nachbargrundstück befindlichen, in seinem Eigenthum stehenden Gegenstände geboten werden; die Frage, in wieweit der Grundstücksnachbar ein Recht hat, die Wegnahme der Früchte zu fordern, tritt bei dem geringen Umfange der Letzteren und bei der in Folge hiervon fast ausgeschlossenen Belästigung des Nachbars weit mehr in den Hintergrund. Vgl. auch Hoffmann, Archiv für praktische Rechtswissensch. n. F. B. I. S. 287.

Digitized by Google

Unterart der actio ad exhibendum zu betrachten, der Charakter der actio ad exhibendum ist ein vollkommen verschiedener, er geht auf die Vorweisung der in fremden Besitz befindlichen Sache[89]), demnach auf ein „facere“ der andern Partei, während das interdictum de glande legenda nur ein „pati“, ein Betretenlassen des Grundstücks, auf dem die herabgefallenen Früchte liegen, fordert. Andererseits ist die Wirkung des interdictum de glande legenda insofern eine sicherere und umfassenderere, als der Eigenthümer des Nachbargrundstücks durch die Anstellung desselben zugleich genöthigt wird, in die Wegnahme der Früchte zu willigen.

In der neueren Zeit wird auch weder die Eigenart des interdictum de glande legenda ebensowenig wie die der verwandten Institute des interdictum de thesauro u. a. bestritten[90]), noch verwundert man sich vom rechtshistorischen Standpunkte über die Ausbildung eines derartigen speciellen Rechtsinstitutes, welches in jeder Weise den Umständen einer einzelnen Erscheinung des Verkehrslebens angepasst war. —

Das interdictum de glande legenda ist jedoch nicht das einzige Rechtsmittel, dessen sich der Baumeigenthümer behufs Erlangung seiner Früchte bedienen kann, vielmehr steht ihm überdies gemäss l. 9 § 1 Dig. ad exhib. X, 4:

> Nam et si glans extaret, nec patieris me tollere, ad exhibendum teneberis, quemadmodum si materiam meam delatam in agrum suum quis auferre non pateretur[90a]),

die Exhibitionsklage zu.

Diese Stelle scheint der ebenangeführten Charakteristik der actio ad exhibendum, wonach der Beklagte nur zum Vorweisen der von dem Kläger bezeichneten Sache verpflichtet ist, zu widersprechen, jedoch ist dieser Widerspruch nur ein scheinbarer und löst sich sogleich, wenn wir zum Verständniss von l. 9 § 1 Dig. l. c. hinzufügen, dass, wenn der Nachbar den Anspruch des Baumeigenthümers auf die Früchte nicht bestreitet, und nur den äusserlichen Akt der

---

[89]) Windscheid B. II § 474; Puchta § 397.

[90]) Bekker a. a. O. S. 164; Puchta a. a. O. § 399.

[90a]) Ulpian fügt (libro XXIV ad Edict.) noch hinzu: Et placet nobis Pomponii sententia, sive glans extet, sive consumta sit. Sed si extet, etiam interdicto de glande legenda, ut mihi tertio quoque die legendae glandis facultas esset, uti potero, si damni infecti cavero. — Hesse, Rechtsverh. zw. Grundstücken. B. II S. 197 (2. Aufl. S. 526); Dernburg, a. a. O. § 200.

gitized by Google

Übergabe verweigert, „das Resultat der Vorweisung dasselbe ist, als wenn die Sache herausgegeben worden wäre".[91])

Gerade hier deckt recht eigentlich den Baumeigenthümer für den Fall, dass sich die Früchte noch auf dem Flecke des Nachbargrundstücks, an welchen sie beim Überfallen gelangt sind, befinden, das interdictum de glande legenda, während die actio ad exhibendum vorzüglich dann Platz zu greifen hat, wenn der Nachbar die übergefallenen Früchte vom Boden aufgenommen hat[92]), denn was nützt es dem Baumeigenthümer, wenn er sich vermöge des interdictum de glande legenda den Zutritt zu dem Nachbargrundstück erzwingt, ohne im Stande zu sein, die Früchte zu lesen. Liegt eine bewusst widerrechtliche Aneignung der Früchte seitens des Eigenthümers des Nachbargrundstücks vor, so ist der Fall des furtum gegeben; dem Baumeigenthümer steht demgemäss ein Anspruch auf Rückgabe des Entwendeten und Leistung des vollen Interesses zu.[93])

Zum Schluss endlich ein Wort über die Eigenthumsfrage: Solange die Früchte auf dem Baume hängen, sind sie Eigenthum des Eigenthümers des Baumes; dieses Eigenthumsverhältniss ändert sich auch nicht mit ihrer Trennung von dem Baume. Sie werden dadurch keineswegs herrenlose Gegenstände, deren Eigenthum Jedermann, — also auch der Grundstücksnachbar, — durch Occupation erwerben kann, vielmehr bleibt an ihnen das bisherige Eigenthumsrecht, welches sie als Theile der Hauptsache mit umfasste, auch nach ihrer Separation, gleichgültig ob sie auf einen fremden Boden zu liegen kommen und momentan der äusseren Herrschaftssphäre des Baumeigenthümers entrückt sind, bestehen[94]); die Beschränkung,

---

[91]) Windscheid B. II § 474 sub 1; Vangerow a. a. O. § 707 sub III, 1.

[92]) Z. B. wenn der Nachbar bona fide gehandelt hatte, und die Früchte für sein Eigenthum hielt. Hier diente die actio ad exhibendum als präparatorium. (Vgl. Windscheid a. a. O. § 474 bei Anm. 7; Vangerow § 707 sub II).

[93]) Dig. de condict. furtiva XIII, 1; Cod. IV, 8. Kein Hinderungsgrund für die condictio furtiva ist, dass sich die Früchte bei ihrer Entwendung nicht im Gewahrsam des Eigenthümers befunden haben (Windscheid, B. II § 452 sub 3 u. bei Anm. 8).

[94]) Der Eigenthümer des Nachbargrundstücks darf die herabgefallenen Früchte unter keinen Umständen aufsammeln und sich aneignen; nicht ein Mal, wenn dieselben augenscheinlich zu faulen beginnen und dadurch ihre Brauchbarkeit für den Baumeigenthümer zweifelhaft wird. Die einzige Ausnahme hiervon könnte der Fall einer negotiorum gestio sein. — Nach Ablauf einer bestimmten Zeit eine Dereliction der Früchte seitens des Baumeigenthümers anzunehmen, sind wir weder rechtlich befugt, noch ist die Zuhülfenahme einer derartigen Präsumtion der schwer zu bestimmenden Gränzen wegen legislatorisch zu empfehlen.

Digitized by Google

welche tit. 28 l. c. dem Letzteren auferlegt, bezieht sich nicht auf sein Eigenthums-, sondern auf sein Leserecht.[95])

Unrichtig sind deshalb die obenerwähnten Ansichten Gesterding's u. a.; ebenso unrichtig aber auch Grimm's Behauptung, dass der Nachbar „vermuthlich" an den am ersten und zweiten Tage auf sein Grundstück gefallenen Früchten Eigenthum erwerbe, während das am dritten Tage herübergefallene Obst des in der Nähe der Gränze stehenden Baumes dem Baumeigenthümer zufalle und von diesem auf des Nachbars Grund und Boden aufgesammelt werden dürfe.[96]) Grimm überträgt deutsche Rechtsgedanken auf römische Verhältnisse, und hat sich zu dieser Auslegung wohl mehr durch den Gedanken „der Heiligung des Zufalls", ein dem deutschen Rechte wohlbekanntes Motiv, welches Grimm auch in der von ihm behaupteten Vertheilung der Früchte zwischen den beiden Nachbarn erblickt, verleiten lassen.

Grimm giebt überdies selbst in seinen „Gegenbemerkungen"[97]) gegen die Kritik Gaupp's (in der kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft B. III S. 254) zu, dass er diese den Eigenthumserwerb des Nachbars an den übergefallenen Früchten betreffende Behauptung nicht aus dem römischen Rechte zu beweisen vermöge, und dass sie ihm zur Zeit als er die „Gegenbemerkungen" niederschrieb „weniger wahrscheinlich" geworden sei." —

Auf Grund dieser Betrachtungen kann die Frage, auf wessen Seite die Beschränkung gelegen ist, keinen Augenblick zweifelhaft sein, denn, wenn auch der Baumeigenthümer nur einen Tag um den andern das Grundstück seines Nachbars betreten, und die ihm gehörigen Früchte aufsammeln darf, so wird damit doch sein Eigenthumsrecht als solches nicht alterirt, vielmehr kann man hierin eine gesetzlich hinzutretende Erweiterung seines Rechtes sehen, indem der Baumeigenthümer zu seinem Eigenthumsrecht noch das im Interesse der Billigkeit gegenüber dem Nachbar auf bestimmte

---

[95]) Bekker a. a. O. S. 164.

[96]) Grimm, Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. B. III S. 351. Grimm stellt hier das römische Recht mit den Bestimmungen des deutschen Rechts betreffs des Überfalls in Parallele, bezeichnet es aber in der Anm 4. selbst für zweifelhaft, ob der Eigenthümer des Baumes nicht auch das am ersten und zweiten Tage gefallene Obst, welches liegen bleiben musste, aufsammeln, und nur der eventuellen Beschädigung wegen aller drei Tage kommen durfte.

[97]) Kritische Zeitschrift für Rechtswissensch. B. IV S. 171. — Über die weiteren Untersuchungen Grimm's vgl. unten Anm. 205.

Digitized by Google

Tage fixirte Leserecht hinzuerhält.[98]) Die Beschränkung liegt demnach lediglich auf Seiten des Eigenthümers des Nachbargrundstücks, dessen freie Verfügung über sein Grundstück durch die zeitweise fremde Einwirkungs- und Eingriffsmöglichkeit gehindert wird.

---

[98]) Ebenso Voigt a. a. O. II S. 647, welcher das interdict. de glande legenda der jüngeren actio confessoria parallel stellt. — Anderer Meinung mit Unrecht Bekker a. a. O. S. 164.

Digitized by Google

II. Das Recht des Überhangs und Überfalls in den deutschen Rechtsquellen bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts.

§ 3. Das Überhangsrecht.

Infolge der casuistischen Natur der älteren deutschen Rechtsaufzeichnungen, verbunden mit der vielfach an Weitschweifigkeit gränzenden Ausführlichkeit in der Darstellungsweise, liegen die Verhältnisse für eine sachliche Interpretation der Quellenentscheidungen über den Überhang im deutschen Rechte ungleich günstiger als im römischen Rechte.[99])

---

[99]) An Specialliteratur vgl.: Georg Friedrich Kraus, de iure in arbores vicini in nostrum prominentes aerem, Wittenberg 1765 (Dissertation; bisweilen, so von Emminghaus, unter dem Namen des Defendenten und auf Grund derselben zu Promovirenden, Adolphus Adler, citirt); — Grimm, „Etwas über den Überfall der Früchte und das Verhauen überragender Äste", Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissenschaft B. III S. 349—357, und hierzu: Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft B. III Heft 2 S. 254, B. IV S. 171 ff., 497 ff. Ausserdem die Zusammenstellung von Quellencitaten in Grimm's Rechtsalterthümern S. 76 u. 550—552; — Hillebrand, das deutsche Überhangs- und Überfallsrecht", Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissensch. IX S. 310 ff. (hierzu Stobbe, B. II § 85 Anm. 21). Der Aufsatz Hillebrand's enthält kein erschöpfendes Quellenmaterial; eine Kritik der Ansicht Hillebrand's vgl. unten bei Anm. 179 ff.; — Emminghaus, „Vom Waldbaumüberhange nach deutschem Rechte, insbesondere nach dem Rechte des Sachsenspiegels", Zeitschr. für Rechtspflege und Verwaltung n. F. B. XIX S. 289—307. Emminghaus erbringt ebenfalls für die Beantwortung der Frage des Überhangsrechtes im Allgemeinen nur geringes neues Material, und beschränkt sich hauptsächlich auf die Erörterung der Frage, ob die Grundsätze des deutschen Rechts über die Beseitigung des Überhangs auch auf Waldbäume zu erstrecken seien; — Prosch, „Die Rechte der Nachbarn", (Schwerin, 1826) und Hesse, „Über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn" B. II S. 198 ff. (2. Aufl. S. 527 ff.) beschäftigen sich dem allgemeineren Charakter ihrer Werke entsprechend mit der Darstellung des Überhangsrechtes nur in grösseren Zügen. — Particularrechtliche Abhandlungen,

Digitized by Google

Welche praktische Bedeutung der Frage des Überhangs, ebenso wie der des Überfalls im Rechtsleben des deutschen Volkes beigemesssen wurde, ersehen wir sowohl aus der numerischen Fülle von Bestimmungen, die sich in den verschiedensten Quellen, vor Allem in den Weisthümern von Städten und Dörfern, finden, als auch aus der Sorgfalt, mit welcher die denkbar mannigfaltigsten Modificationen in den einzelnen Quellen behandelt werden.

Unrichtig würde es sein, — und zwar gilt dies für die Charakteristik der älteren deutschrechtlichen Quellen im Allgemeinen —, wollte man aus der Häufigkeit der Quellenentscheidungen über eine bestimmte Rechtsfrage auch auf die principielle Wichtigkeit derselben schliessen. Die älteren deutschen Rechtsquellen sind weder bestrebt, eine Darstellung des Rechtes in seiner Gesammtheit zu geben, noch auch nur die Marksteine festzusetzen, innerhalb deren sich die Bahnen des Rechtes bewegten, sondern bilden eine Zusammenfügung einzelner Sätze, welche ihre schrift-

---

welche zugleich eine kurze allgemeine Darstellung der deutschrechtlichen Lehre vom Überhang voranschicken, sind Kayser, „Das preussische Überhangs- und Überfallsrecht im Anschluss an deutschrechtliche Bestimmungen" in Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts B. XXI (1877) S. 69 ff. und Massot, „Was ist im Grossherzogthum Hessen Rechtens in Ansehung überhängender Äste und übergreifender Wurzeln?", Archiv für praktische Rechtswissenschaft n. F. B. VIII S. 281—292. Für das oesterreichische Recht findet sich eine sehr eingehende Untersuchung Schuster's in der „allgemeinen oesterreichischen Gerichtszeitung", Jahrgang XXXIV (1883) No. 13 ff. Die drei letztgenannten Arbeiten sind unten § 5 bei der Behandlung der einzelnen Particularrechte genauer besprochen. Daselbst ist auch die für die neueren Gesetzgebungen in Betracht kommende Literatur namhaft gemacht. —

Von Lehrbüchern sind citirt die von Runde § 276 (VIII Aufl.); Eichhorn § 176 (V. Aufl.); Mittermaier § 165, Phillips, I S. 552; Maurenbrecher S. 516; Wolff I S. 209; Beseler § 87 sub IV (IV Aufl.); v. Gerber § 91 (S. 245) XIV Aufl.; ferner Bluntschli, Walter, Gengler und vor Allem das Lehrbuch von Stobbe. Stobbe bietet in seinem Handbuche B. II § 85 bei Anm. 21 ff. fast eine eigene Monographie über die Frage des Überhangs, so reichhaltig sind die von ihm angegebenen Quellenbelege. — Aus jüngster Zeit vgl. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts B. II (1886) § 114 S. 193 fg.

Den einzelnen Quellencitaten ist regelmässig der Name des Herausgebers oder die Bezeichnung der Sammlung, welcher sie entnommen sind, hinzugefügt. Eine hauptsächliche Unterlage bilden die „Weisthümer" in ihrer Sammlung von Grimm (VI Bände), und ferner „die Tirolischen Weisthümer" (herausgegeben von v. Zingerle und v. Inama-Sternegg, III Bände), die „salzburgischen Taidinge" (herausgeg. von Siegel und Tomaschek), „die steierischen und kärnthischen Taidinge" (herausgegeben von Bischoff und Schönbach) und die „niederösterr. Weisthümer" (herausgeg. von Winter 1886).

Digitized by Google

liche Aufzeichnung weniger ihrer principiellen Bedeutung, als einem, ich möchte sagen, zufälligen Umstande verdankten: Man fixirte durch die Niederschrift die Fragen, über welche im Volke in Folge ihrer grösseren Detailirung Zweifel entstehen konnten, oder welche, wie z. B. die Höhe der Bussen, legislatorisch geordnet, und daher nicht so tief in das Volk eingedrungen waren und sein konnten, als ein durch Jahre lange Übung auf gewohnheitsrechtlichem Wege entstandener Rechtssatz.[100]) Allerdings bezeichnet die Zeit der Rechtsbücher nach Jahrhunderte langer Pause eine neue Epoche in der Methode der Rechtscodification: man begann, das im Volk lebende überreiche Rechtsmaterial in der Sprache des Volkes in seiner Gesammtheit zu fixiren, bemühte sich sichtend und ordnend die verschlungenen Fäden gewohnheitsrechtlicher Übung zu entwirren, und versuchte die Zusammengehörigkeit und Wechselwirkung der einzelnen Rechtssätze zur Darstellung zu bringen; allein es scheint der hohen Geistesgaben und der Originalität eines Eike von Repgowe bedurft zu haben, um die mannigfaltigen Theile des Rechtes zu einem harmonischen Ganzen zu verbinden, — bereits die Rechtsquellen des 14. und 15. Jahrhunderts, vor Allem die Sonderweisthümer von Kreisen und Ortschaften zeigen mit seltenen Ausnahmen das alte Bild der Volksrechte und reihen in buntem Wechsel, reich an Widersprüchen und Wiederholungen Rechtssatz an Rechtssatz, ohne einem leitenden Principe zu folgen.

So können wir aus der Thatsache der schriftlichen Fixirung mit Sicherheit nur das Bedürfniss einer endgültigen Entscheidung für die Praxis entnehmen, ein Grund, der auch für die Niederschrift der Grundsätze über den Überhang und Überfall bestimmend wirkte,

---

[100]) Es ist deshalb nicht unbedenklich, aus einer lückenhaften Rechtsquelle der älteren Zeit auch auf ein unfertiges Rechtsleben des Volkes, in welchem diese Rechtsquelle galt, zu schliessen. Vielleicht besass gerade dieses Volk den reichsten Schatz von Rechtssätzen, ohne aber in Folge des in ihm lebendig wohnenden Rechts das Bedürfniss einer schriftlichen Fixirung dieser Rechtssätze zu fühlen. Selbstverständlich sind wir bei der Beurtheilung der Frage, inwieweit ein Volk rechtlich gebildet war, auf das angewiesen, was uns schriftlich überliefert ist und dürfen uns nicht in fruchtlosen Speculationen über das, was möglicher Weise bestanden hat, verlieren, es muss jedoch bei Beurtheilung einer auf uns gekommenen Rechtsquelle älterer Zeit mehr die juristische Gestaltung des Gedankens, das äusserliche Moment der Rechtssprache, der innere, praktische Werth der einzelnen Bestimmung, als die numerische Reichhaltigkeit der Rechtssätze betont und hiervon auf das Rechtsganze, dessen Theil sie bilden, geschlossen werden.

und eine Fülle der mannigfaltigsten Rechtsentscheidungen zu Tage förderte.[101])

Als Grundpfeiler, von dem wir auszugehen haben, ist die Bestimmung des Sachsenspiegels B. II Art. 52 § 2:

> Siner bome telge ne solen over den tun ok nicht gan sime nakebure to scaden

zu betrachten. Alle früheren Quellen, wie die Volksrechte, enthalten keine diesbezügliche Stelle, nicht ein Mal die umfangreiche lex Wisigothorum, obgleich ihr der Begriff einer gesetzlichen Beschränkung des Eigenthums nicht fremd war.[102])

Was die rein äusserliche Frage der Textesform der ebencitirten Sachsenspiegelstelle anlangt, so ist der Wortlaut derselben in den verschiedenen Handschriften im Wesentlichen übereinstimmend, nur die in der Hamburger Bibliothek befindliche, aus der Uffenbachschen Sammlung stammende Sachsenspiegelhandschrift (15. Jahrh.)[103]), welche die Homeyer'sche Ausgabe mit der Chiffre Bh bezeichnet, enthält zu B. II Art. 52 § 2 noch einen längeren Zusatz über den Ersatz für abgehauene Bäume, der jedoch mit unserm Thema in keinem näheren Zusammenhang steht, und dessen Verbindung mit der gedachten Stelle lediglich darauf zu beruhen scheint, dass hier wie dort von Bäumen und ihren Rechtsverhältnissen gehandelt wird.[104])

---

[101]) Vielleicht verführte in unserem Falle bei dem Mangel der bewussten Verfolgung allgemeiner Grundsätze und bei der sich darbietenden Möglichkeit, abwägend bald den Baumeigenthümer, bald den Nachbar zu begünstigen, gerade die schriftliche Fixirung zu einer derartigen Mannigfaltigkeit der Entscheidungen und war oft das, was niedergeschrieben wurde, — wenn wir hierbei die sogen. Privatarbeiten ins Auge fassen —, weniger der Niederschlag der allgemeinen in einer Gemeinde oder einem Territorium lebenden Rechtsauffassung, als die ausgeklügelte, billige Ansicht dessen, der die Rechtsaufzeichnung vornahm. Die darauf folgende Unterordnung unter das Niedergeschriebene als einen schriftlich fixirten Rechtssatz, ist bei der geringen selbständigen Reflexion des Einzelnen in damaliger Zeit und der Scheu vor dem Geschriebenen, dessen Entzifferung den Meisten unmöglich war, recht wohl zu erklären, ebenso wie der Umstand, dass das römische Recht ein geschriebenes Recht, bei dem Mangel feinerer juristischer Bildung und der demgemäss langsam reifenden Erkenntniss seines inneren Werthes einen der Hauptkernpunkte der Receptionsfrage bildet.

[102]) Lex Wisigoth. lib. VIII tit. IV. 25. 26. 27; vgl. hierzu Dahn, westgoth. Studien S. 96.

[103]) Vgl. Wilda, Beiträge aus nordischen Bibliotheken. (Rhein. Museum für Jurisprudenz B. VII S. 310).

[104]) Über die sonstigen, nur geringen Textesabweichungen der übrigen Handschriften des Ssp. vgl. Homeyer B. I. S. 281.

Digitized by Google

Die Bestimmung des Ssp. ist die Richtschnur für die Entwickelung des Überhangsrechtes im deutschen Rechte geworden und hat ihren Einfluss auf die Legislationen auch nach der Reception des römischen Rechts in weit höherem Maasse geltend gemacht als Dig. lib. XLIII tit. 27.[105])

Wollen wir die auch bei oberflächlicher Betrachtung ins Auge fallenden Differenzpunkte beider Rechte betreffs des Überhangs kurz hervorheben, so unterscheidet sich das deutsche Recht von der Bestimmung der Digesten ein Mal dadurch, dass es einen Unterschied zwischen dem Überhang über Gebäude und einem solchen über Feldgrundstücke nicht constatirt, andrerseits aber dadurch, dass ersteres nur die Beschneidung der überhängenden Äste,

---

[105]) Die römischen Bestimmungen über den Überhang haben in vollem Umfange in der Wormser Reformation von 1498 Aufnahme gefunden. Es heisst dort B. VI, 1 tit. 14: Wann einer oder mehr baume hiengen einem andern anstossende nachbauren uff sein hauss vnd solicher baum oder die wurtzeln desselben dem hausse oder grund schaden theten so mag derselb nachbaur, des das hauss were, vnser Burgermeister je zuzeiten darumb ansuchen vnd begeren den schaden oder bschwernus zu besichtigen, das auch also auff bitt vnd begere des klagenden bschehen vnd sich bschwernus oder schaden erfünde vnd erkennet würde abzuthun, oder den baum abzuhawen, das soll der des der baum were gehorsam sein in XIV tagen nehst nach solicher erkenntnus, vnnd so er darüber saumig oder vngehorsam were mag der des das hauss ist, den baum selbst abhawen vnd das holtz jme selbst behalten, heym tragen oder fürn lassen. Hangt aber ein baum einem andern auff seinen acker, weingart, garten, wisen oder dergleichen ligend erbgut, so mag derselb auff des gut der baum hangt durch sich selbst oder andern von seinent wegen denselben baum entästen, stümlen oder die äste abhawen XVIII schuch hoch von der erden zumessen gegen seinr seiten in die höhe vnd sol damit nit vnrecht gethan haben. doch dass er des seinen nachbaur VIII tag zuvor gewarnet vnnd erfordert hab selbs zu thun (citirt nach der Ausgabe von Christian Egenolph, Frankfurt a. M. 1534). Über die hiervon beeinflussten Heilbronner Statuten von 1541 und die Frankfurter Reformation von 1578 vgl. Anm. 106 und Anm. 148; bei letzterer Anmerk. siehe auch über das gleichfalls in der Wormser Reformation erwähnte Klagrecht des Nachbars. — Unmittelbar auf Dig. XLIII, 27 fusst auch der erste Theil des cap. XLI art. 23 des „behmischen Rechts, wie dasselbe in des Königreichs Beheim neuen Stadt Prag in üblichem Brauch gehaldten wirdt“. (1607; Leipzig): Ein Bawm so eines andern Gebäwde oder Grund vnd Boden schadet sol abgehawen vnd aussgerottet werden, aber ein Bawm auffm Felde oder in einem Bawmgarten, welcher schadet vnd schatten gibt sol auff der seiten da er schadet beschneitelt werden. [Das deutsche Recht blickt darin durch, dass das Vorhandensein eines Schadens verlangt wird (vgl. unten bei Anm. 109 ff.), und weiterhin in den Schlussworten derselben Stelle: es were denn, dass der Nachbar sich mit dem Obst, so von den ästen auff seine seite hangende abfiels wolte besagen vnd begnügen lassen].

nicht aber die Beseitigung des ganzen Baumes kennt[106]); betreffs der Normirung einer fest in Zahlen ausgedrückten Gränze, bis zu welcher die überragenden Zweige zu beseitigen sind, schwankt, wie wir unten sehen werden, der Gebrauch in den älteren deutschen Rechtsquellen.[107])

Eine weitere Verschiedenheit beider Rechte besteht darin, dass Dig. XLIII, 27 die Anwendung seiner, den Baumeigenthümer beschränkenden Sätze unbedingt fordert, und die Worte „ne umbra arboris vicino praedio noceret", wie oben ausgeführt worden, als allgemein gültiges Motiv, nicht als Bedingung für die Geltendmachung der in l. 1 § 7 l. c. gewährten Gegenmittel betrachtet

[106]) Den an erster Stelle aufgeführten Differenzpunkt folgern wir bei der überwiegenden Zahl der deutschen Rechtsquellen aus der Negative, dem Nichterwähnen eines Unterschiedes in der Behandlung des überhängenden Baumes nach der Beschaffenheit des Grundstücks, über welches die Zweige überragen. In einigen Quellen werden Feld- und Hausgrundstücke mit ausdrücklichen Worten gleichgestellt; so in dem westerwoldschen Landrechte von 1470 cap. 8 art. 8: Item of een boem hanget, off wasset up eens anderen mans grund off up syn timmer (= Gezimmertes, — Gebäude): soe machmenstaen up die ploechrade ende verhouwen den boem myt ener bylen u. s. w. (Richthofen, friesische Rechtsquellen B. I S. 268; Grimm, Zeitschr. für gesch. Rechtswissensch. B. III. S. 353 ff.); ebenso Landrecht von Wedde ende Westerwoldinge Land Art. 124 (Grimm a. a. O.). Eine Ausnahme bietet das Zuchtbuch uud Mannszuchtrodel von Pfeffers (Grimm, Weisth. VI S. 375), welches die Äste, welche über einem Kraut- oder Weingarten hängen, 1½ Klafter hoch, dagegen die über ein „tach" hängenden nur „ein holbes klofter" abschneiden lässt. Es liegt, — trotzdem diese Rechtsaufzeichnungen aus dem J. 1523, zum Theil aus noch späterer Zeit stammen, und der Verfasser des Zuchtbuches, wie aus der Überschrift in § 61 a. a. O. hervorgeht, mit dem römischen Rechte nicht ganz unbekannt sein mochte — bei der Ursprünglichkeit dieser Bestimmung keine Veranlassung vor, eine Beeinflussung durch das römische Recht anzunehmen; es ist ein rein praktischer Gesichtspunkt, der hier bestimmend gewirkt hat. — Auf römisch rechtlicher Basis beruht sehr wahrscheinlich die Vorschrift in dem Rechtsbuch des Johannes Purgoldt II, c. 125 (citirt bei Anm. 122 und unmittelbar nach Anm. 124). — Die Wormser Reformation und das „behmische Recht u. s. w." sind bereits in der vorigen Anmerkung erwähnt; die Heilbronner Statuten von 1541 [Statuten, Satzung, Reformation vnd Ordnung Burgerlicher Pollicey der Heyligen Reichssstat Haylpronn] schliessen sich in Th. IX tit. XVII „Vom Baum abhawen in der Stadt" eng an B. VI, 1 tit. 14 der Wormser Reformation von 1498 an, nehmen jedoch nur den ersten Theil der letztgenannten Rechtsaufzeichnung auf, und fassen hierbei auch die vollkommene Beseitigung des auf das fremde Haus überhängenden Baumes ins Auge, entscheiden jedoch nicht, wie es zu halten sei, wenn der Baum über ein Feldgrundstück herüberhängt. — Vgl. auch Regensburger-Wachtgerichts u. Bau-Ordnung vom Jahr 1657 tit. XIX § 2 (citirt u. bei Anm. 119).

[107]) Vgl. unten bei Anm. 131 ff.

Digitized by Google

wissen will, während das deutsche Recht nach dem Vorgange des Sachsenspiegels eine Beseitigung der überhängenden Zweige nur unter bestimmten Verhältnissen als gerechtfertigt zulässt.[108])

Der Beleg dieses letzten Satzes findet sich in den Worten des Sachsenspiegels II Art. 52 § 2: „eime nakebure to scaden", in denen der conditionale Sinn enthalten ist, dass das Gesetz nur dann eine Beseitigung des Überhangs fordert, wenn mit dem Überwachsen der Äste ein Schaden für das Nachbargrundstück verbunden ist.[109])

Ein Eingehen auf den inneren juristischen Grund dieser Rechtsentscheidung empfiehlt sich erst nach der Behandlung der andern hier einschlagenden Quellen und des übrigen ihnen zu entnehmenden äusseren Materials.

Wörtlich wird die Bestimmung des Sachsenspiegels von dem Breslauer Landrecht[110]), der „systematischen Bearbeitung des Sachsenspiegels für Berlin"[111]), dem Sächsi-

---

[108]) Stobbe a. a. O. B. II § 85 Anm. 24; — Hillebrand, a. a. O. S. 311 Anm. 2; — Von älterer Literatur vgl.: Zobel, diff. iur. civ. et Sax pg. 371; Lauterbach, colleg. pract. III pg. 422: hodie potius rami officientes tantum rescindi solent; Brunnemann ad l. 1 Cod. de interd.; Stryck, usus modernus Paud. sub tit. XLIII, 27 § 2 (IV pg. 363); Hahn, observ. ad comment. Wesembecii pg. 825. Die letzteren Citate sind bei Massot a. a. O. S. 289 und 290 im Wortlaute (wenn auch mit mancherlei Druckfehlern) angeführt. Das ebenfalls von Massot a. a. O. wiedergegebene Citat eines „Johann Friederich Koch, Traktatus vom Nachbarrechte (1721) S. 529 (!)" ist wohl identisch mit Johann Friederich Koch, tractatio iuridico — politica de iure viciniae (Berolin. 1721), und nur eine dem Original nicht entnommene Verdeutschung des lateinisch geschriebenen Buches und einer nur annähernd dem Sinne nach in Letzterem enthaltenen Stelle.

[109]) Ich möchte nicht unterlassen, darauf aufmerksam zu machen, dass uns bei der Erklärung des Sp. II, 52 § 1 sprachliche Gründe zu der im Texte gegebenen Auslegung nicht zwingen. Betrachtet man vielmehr die Worte des Ssp. vollkommen unbefangen und ohne Berücksichtigung des übrigen Quellenmaterials, so würde vielleicht Niemand behaupten, dass in ihnen ein conditionaler Sinn enthalten ist, man würde vielmehr weit eher geneigt sein, in ihnen einen die vorhergehende Bestimmung allgemein motivirenden Zusatz Eike's zu sehen; der Wortlaut einer grossen Reihe von Rechtsaufzeichnungen aber, welche mit dem Ssp. in unmittelbarem Zusammenhange stehen, und welche sich einer ausführlicheren zu keinerlei Zweifeln Anlass bietenden Form bedienen, bestätigt die Richtigkeit der im Texte wiedergegebenen Interpretation.

[110]) Ausgabe von Gaupp 1828 (das schlesische Landrecht oder eigentlich Landrecht des Fürstenthums Breslau) cap. 216: Von hopphen czelgen (S. 171). [Dasselbe entstammt dem J. 1356].

[111]) Enthalten in dem dritten Theile des Berliner Stadtrechtsbuchs von 1397; Ausgabe von Fidicin, historisch-diplomatische Beiträge zur Geschichte

Digitized by Google

schen Weichbilde in einer berliner Handschrift des 15. Jahrhunderts[112]) und einigen späteren Rechtsquellen wiedergegeben[113]), während die Glosse zum Sachsenspiegel diesen Gedanken des zugefügten Schadens näher ausführt.

So sagt die Ausgabe der Glosse zum Ssp. vom Jahre 1474 (gedruckt in Basel) zu II Art. 52 § 2:

> ap wol die wortczeln deyn seyn du salt doch durch des willen der czelge ader rancken frucht als du dy irkrigen wilt deynem nackebure nicht schaden,

und fügt im weiteren Verlaufe noch hinzu:

> Dis vernym ap die czelge seyme nackebur schaden. Schaden si em abir nicht, so eñ darff man sie nicht abe hauwen.[114])

Diesem letzteren Satze der Glosse zum Sachsenspiegel entspricht der Wortlaut der Glosse zum Weichbild in cap. 125 § 1:

> so sollen auch diner boume zwige obir dynes nakebures zun nicht hengen em zu schaden ut ff. 42, 27 de arbor.

---

der Stadt Berlin, 1837, B. I. S. 105: Siner bome telge scolen ouer den thun nicht gan synem neyber tu scade. Das Görlitzer Landrecht (Homeyer II, 2) enthält keine Bestimmung über den Überhang, ebenso fehlt es im culmischen Recht und in den Pölmann'schen Distinctionen an einer diesbezüglichen Bestimmung. Auffällig ist auch der Mangel einer hierauf zielenden Entscheidung im Deutschen- und Schwabenspiegel. [Fälschlicher Weise nimmt Anton, Geschichte der deutschen Landwirthschaft Theil III S. 291 an, dass der Schwabenspiegel eine Bestimmung über den Überhang enthält.]

[112]) von Daniels u. von Gruben, das sächsische Weichbild (1857) cap. 125 § 1 und hierzu die lateinische Übersetzung (a. a. O.): rami arborum sepem non transcendant in damnum vicini. Vgl. auch Zobel, diff. iur. civ. et Sax. pg. 370: et ramos arborum sepem non debere transcendere, si hoc vicino damnosum sit. — Über die abweichende Stelle des sächsischen Weichbildes in der Berliner Handschrift von 1369 vgl. u. bei Anm. 121.

[113]) So die Bestimmung der Landfeste von Hattnegge (jetzt Hattingen in der Ruhrgegend zwischen Werden und Bockum) § 66: baum telgen sollen uber den zaun nicht gaen seinem nachbarn zum schaden (Grimm, Weisth. III S. 47).

[114]) Ebenso die bis auf geringe Sprachverschiedenheiten wörtlich übereinstimmenden Ausgaben der Glosse von 1490 (Leipzig), 1501 (Schönsperger in Augsburg) und 1521 (M. Lotter in Leipzig). Übereinstimmend wird auch von der Glosse zum Sachsenspiegel ein einzelner Fall des Schadens hervorgehoben: wenne deynes nackebures krut ader boume lichte (vielleicht) wuchsen dar du eyn gebuwede uff richten weldest vnd hindertten dich, dorumbe saltu sie abehawen (citirt nach der Baseler Ausgabe von 1474).

Digitized by Google

caed. l. 1 Ait praetor. Dis ist zu vornemen, ab sy em schaden.[115])

Auch andere mit dem Sachsenspiegel in directem Zusammenhange stehende Quellen wie die clevische Rechtsquelle aus dem 15. Jahrhundert[116]), die Magdeburger Blume[117]) und das älteste polnische Rechtsdenkmal[118]) geben diesem Gedanken, dass die Voraussetzung der Beseitigung der überhängenden Äste regelmässig der dem Nachbargrundstück zugefügte Schaden sei, einen ihr Vorbild an Ausführlichkeit übertreffenden Ausdruck.

Ferner lässt sich aus späteren Rechtsaufzeichnungen eine grosse Anzahl charakteristischer Beispiele die Vorbedingung eines vorhandenen Schadens betreffend anführen, bisweilen entstammen diese Entscheidungen Gegenden, in denen sich weder ein unmittelbarer noch ein mittelbarer Einfluss des Sachsenspiegels nachweisen lässt, sodass wir in der Hinzufügung dieses beschränkenden Zusatzes des Schadensmomentes, wenn auch nicht eine gemeine, so doch allgemeine deutsche Rechtsauffassung zu sehen berechtigt sind.

Es würde zu weit führen, wollte man alle hier einschlagenden Quellenentscheidungen im Texte näher besprechen, eine Zusammenstellung einer grösseren Anzahl derselben in den Anmerkungen wird den Beweis für das eben Gesagte liefern. Eine besondere Hervorhebung verdienen, weil sie den durch den Gesetzgeber verfolgten praktischen Zweck besonders deutlich erkennen lassen, die Bestimmung der Öfnung zu Schwartzenbach:

---

115) von Daniels u. Gruben, a. a. O. Spalte 432 Art. 125. Auch hier, wie in der Glosse zum Sachsenspiegel, Verweisung auf das römische Recht.

116) vgl. Clevische Rechtsquelle aus dem 15. Jahrh. tit. 176, herausgegeben von Schröder in der Zeitschr. für Rechtsgesch. B. IX S. 448: soe en sullen de boem telger aver den tuin niet hangen dinen naburen toe schaiden, want dins nabuers kruit off blomen wassen des toe quelliker off wolde hi licht een gebauwe dair op setten soe hinderden sie oen, dair om sal men si aff houwen.

117) Vgl. Blume des magdeburger Rechts lib. I cap. 36 [herausgegeben von Boehlau, Weimar 1868]: hengin seiner bown czweyge in seins nageburs hoff im czu schadin, er mag seinen schadin beleitin mit richter und mit schepfin vnd im gebot legin den schadin czu wandelin.

118) Vgl. „das älteste geschriebene polnische Rechtsdenkmal“ (herausgeg. von Volkmann in dem Programm des Gymnasiums zu Elbing 1869) cap. 19 S. 21): Begynnen abir sich dy bowme zcu breiten vnde bittet in ienir mit geczuge daz her do von entrume, wen sy im schade zin, daz muz her tun. Ebenso entscheidet das polnische Rechtsdenkmal bezüglich des Hopfens im ersten Theile derselben Stelle.

Digitized by Google

Item welche die wären so bäum hettend, die einem andern auff seine ackern hangetend, dardurch demselben nit wol müglich sin veld zu ehren, ald sonst einem an korn ald haber schaden beschechen möchte, derselbig solle alsdann gewalt haben . . . dieselbigen abhowen u. s. w.[119])

und die Entscheidung der Landfeste von Hattnegge Art. 67: dar bäume stahn an dem wege und die telgen hangen uber den weg, dar man hinfahren soll, und hinderen an dem

[119]) Vgl. Grimm, Weisth. B. I S. 218 letzter Absatz. (St. Gallen); — Das Zuchtbuch und Manns-Zuchtrodel von Pfeffers (1523 und später; ebenfalls aus St. Gallen) spricht sich in derselben Weise aus und bestimmt, dass im freien Felde „keine wilde (oder) zame bäum auf die marchen der anstöseren gesezt werden, wodurch der ackerbau köne gehindert werden. (Grimm, Weisth. B. VI S. 375 § 76); — Zeitschr. für schweizer. Recht n. F. B. V S. 318 cap. 92: wo ein baum einen irte an seinen steg und weg; — Statuten von Fürststenau und Ortenstein (Schweiz): . . doch soll der dessen der Stock des Baumes nit ist die Aest nit abhauen, es wäre denn Sach dass solche Aest ihm an seinen Gemechern Schaden thäten oder zuzubauen Irreten, was aber die Aest anbelangt, so auf eines andern gefreiten Gut langet, als Baum-, Wein- und Krautgarten, solle derjenige des der Garten ist und durch selbige Aest der Schaden geschieht die Wahl haben, die Aest abzuhauen u. s. w. [Planta, Bündnerisches Civilgesetzbuch mit Erläuterungen, zu § 237 Anm. (S. 165)]. — Weiter vgl. das Benker Heidenrecht art. 20: Item so wise ick ock vor recht dar dei boeme up des andern grund overhangen thut, dat demselbigen schaden van thogekehret würde etc. (Grimm, Weisth. B. III S. 42). Das weitere Citat siehe unten bei Anm. 131; auch im weiteren Verlaufe dieser Stelle wird von dem „beschädigten" und „dem boeme dar de schade geschüt" gesprochen. — Weisth. von Winhering (Bayern — 1594) § 13 bei Grimm, Weisth. B. VI S. 141, und ferner aus Bayern die Statuten von Heilbronn vom Jahre 1541, IX tit. XVII (vom Baum abhawen in der Stadt): Wann einer oder mer Baum hiengen einem andern anstossenden Nachparn auff sein hauss vnd solcher baum oder die würtzel desselben baums dem hauss oder gründt schaden thetten u. s. w. (Über den Charakter der Heilbronner Statuten vgl. oben bei Anm. 106), und die Regensburger Wachtgerichts- u. Bau-Ordnung von 1657 tit. XIX § 2: Wann auch solche Bäum, Stauden oder Glender darnach so hoch übersich wuchsen, oder sonsten von altershero so hoch weren, dass sie dem Nachbarn sein Liecht benähmen, oder auff eines Nachbarn Tach sich erstrecken dadurch jhme, dem Nachbarn, an seinem Liecht oder Tach schaden geschehe, der soll dieselben uff der Nachbarn begehren allweg widerumb hinwegk thun und abhauen; — Schweinfurter Statutenrecht bei Weber a. a. O. III S. 665; — Übereinstimmend das „behmische Recht u. s. w." (1607) cap. XLI art. 23, und der Tractatus de juribus incorporalibus (Niederösterreich) tit. XIII, § 10: Wenn aber die Bäum sich soweit aussbreiten, dass sie mit deren Aesten und Wurtzeln dess Nachbarn Gründen schädlich seynd, so hat der

Digitized by Google

fahren, so mag derjenige so das recht hat hinfahren und die telgen off hawen so hoch, dass sie ihme nicht hinderen an dem fahren[120]),

ebenso cap. 68: desgl. dar baume uber des andern land gewachsen seind.

Im Gegensatz zu diesen Quellen unterlassen andere Rechtsaufzeichnungen die ausdrückliche Hervorhebung des Erfordernisses eines Schadens für den Eigenthümer des Nachbargrundstückes, und enthalten die unbedingte Forderung einer Beseitigung der auf das Nachbargut reichenden Äste, ohne eine Beschränkung in dem ebengedachten Sinne hinzuzufügen. So vor Allem das „buk wichbelde recht" in einer Berliner Handschrift von 1369 cap. 112[121]):

Nachbar Macht u. s. w. (Schuster, Oesterr. allgem. Gerichtszeit. XXXIV S. 53). Ferner Niederösterreich. Weisth. (herausgeg. von Winter) I S. 306 Z. 25 ff., 688 Z. 13 ff., 742 Z. 25 ff., 811 Z. 9 ff., 854 Z. 24 ff., 894 Z. 10 ff. Ebenso im Feld-Recht der Stadt Müllhausen art. IX § 10: Wenn aber die Aeste . . dem Nachbar zu weit überhingen und schädlich wären, mag er an gehörigem Ort klagen u. s. w. — Von Tiroler Quellen vgl. das Weisthum von Weer (Tiroler Weisth. B. I S. 171 Z. 40 fg.) und das Weisthum von Kolsass: Und wann ainen solliches überhangen irret und nit dar vor pauen mecht u. s. w. (Tiroler Weisth. B. I S. 184 Z. 31 fg.). — Auch der Wortlaut des Brünner Schöffenbuchs: cuius hortum obumbrant, scheint dafür zu sprechen (vgl. u. Anm. 165). — Vgl. ausserdem Krebs, de ligno et lapide, vol. I pg. 66; Nettelbladt, syst. univ. jurispr. nat. (ed. V. Hal. 1785) § 487: . . . Si arbor vicini ramos suos per spatium atmosphaericum nostrum diffundit, nobis competere ius sublucandi arborem, quatenus nobis impedimento sint rami in usu fundi nostri, et ramos ipsos tam quam eorum fructus nostros esse licet et hoc non obstante dominus arboris eam caedere possit quantum delibuerit; — Christ. de Wolff, inst. nat. et gent. (Hal. 1750) § 241.

[120]) Grimm, Weisth. III S. 47 u. 48; fast wörtlich übereinstimmend die Bestimmung des Schwelmer Vestenrechts (Grimm, Rechtsalterth. S. 70 sub 12 und Weisth. III S. 29). Dieselbe Sachdarstellung und Entscheidung findet sich im Landrecht der sieben Freien (Westphalen), Grimm, Weisth. III S. 69 und im Bochumer Landrecht § 37 bei Grimm, Rechtsalterth. S. 70. — Vgl. auch Salzburger Landtäding von 1534 fr. 35 (Walch VI S. 175). — In derselben Weise äussern sich die Quellen rücksichtlich der Gränzzäune eines Grundstücks, auch hier wird bei Überwachsen der Zaunäste der für den Nachbar entstehende Nachtheil hervorgehoben; so Landrecht des Gerichtes Raschenberg (Bayern — 1671) § 8: so aber solches durch denselben (d. h. das Abhauen der überstarrenden Zaunruthen durch den Eigenthümer der Hecke) nicht bescheche und der, so seine daran stoszente gründ durch verhinderung derselben nit pauen oder reiszen mecht, so mag er u. s. w. (Grimm, Weisth. B. VI S. 154); vgl. auch Weisthum von Winhering (Bayern) § 11 in Grimm, Weisth. B. VI S. 141: dann wo solche zein hökchen oder stauden seien da trenkt es und thuet ainer dem andern schaden.

[121]) Ausgabe von Daniels, Berlin 1853. (Die Fassung der anderen von Daniels u. Gruben edirten Weichbildhandschrift vgl. oben bei Anm. 112).

Digitized by Google

War en bom tvischen tven rennen steit bredet he sine tvige in enen vremden hof, des hoves here mach si wol vorhowen of he wil . . . (S. 52).

und das mit dem Weichbild verwandte, ebenfalls zur Gruppe der sächsischen Stadtrechtsbücher gehörige Rechtsbuch des Johannes Purgoldt II c. 125 [122]):

her sal sine boyme mit erin esten in seime garthenn behalden, adder sal die zcelgin abehowen.

Von späteren Rechtsaufzeichnungen sind zu nennen das Urtheil zum Sandwell cap. 19:

Daer zwei marken gründe bey einander liggen und ob den einen grund ehezeits telgen gepottet, die nun über des andern manns land wachsen, so sey derselbig schuldig, die zweiger, welche ober des andern land überhangen, abzustüven[123]),

und ferner das Zuchtbuch und Mannszuchtrodel von Pfeffers § 76:

Item mag ein wingertman oder besitzer eines krautgartens die äst der zamen bäumen anderthalb klafter hoch von der erden abhauen, die in ein wein- oder krautgarten hangen, und über ein tach ein halbes klofter hoch.[124])

Man könnte geneigt sein, in diesen Stellen eine principielle, auf theoretisch begründeter Basis beruhende Abweichung von der Ent-

---

Dieselbe Fassung in älteren ausserdeutschen Quellen bei Grimm, Zeitschr. für Rechtswiss. B. III S. 353. Vgl. u. Anm. 177 u. f.

[122]) Ausgabe von Ortloff (Jena — 1860).

[123]) Grimm, Weisth. B. III S. 136 fg. (Westphalen); — Auch das Delbrücker Landrecht p. 25 (Grimm, Rechtsalterth. S. 551) erörtert zwar mehr das Eigenthumsverhältniss, unterlässt aber gleichfalls bei der Anordnung des Abschneidens der überhängenden Äste die Erwähnung des Schadensmomentes. Vgl. ferner die Nürnberger Reformation (1479) XXVI, 14: So yemandt Pawmen auff sein selbs gründen hat, die dann mit jren Esten auff seins Nachpawrn gründe reychen oder hangen, wo dann des derselb sein Nachpawr nit gedulden wil, so ist der Herr des Pawms auff desselben seins anstossenden Nachpawrn kuntlich ersuchen schuldig sölliche Este seiner pawmen sovern die auff seines Nachpawrn gründe reychen, abzethun. (Titel XXVI, 14 fehlt in der V. Ausgabe (1522) der Nürnberger Reformation, und findet sich auch weder in der VI. Ausgabe von 1564, noch in der VII. vom Jahre 1595 wiederholt Vgl. hierüber Hildebrand, l. c. pg. 22.

[124]) Grimm, Weisth. B. VI S. 375 (St. Gallen); ebenso das Landrecht des Gerichtes Klosters in der Sammlung der Statutenrechte von Graubünden (Chur — 1833) S. 89.

Digitized by Google

scheidung des Ssp. B. II Art. 42 § 2 zu erblicken, es kommen dieselben jedoch insofern als wesentlich abweichend nicht in Betracht, als auch in ihnen, trotz der fehlenden Hervorhebung des Momentes des Schadens, doch die Bezugnahme der betreffenden Gesetzesstellen auf einen solchen mehrfach unverkennbar hervortritt. So enthält das Rechtsbuch des Johannes Purgoldt in unmittelbarer Folge auf die bei Anm. 122 citirte Entscheidung die Bestimmung:

> Es sal auch keyn boym mit seinen zcelgin hangen ober eynes andern mannes dach, uff das ome nicht dorvon gesche mit dem winde unndt von den blettern, die das gerynne stoppfen unndt licht unndt luft ome werin ....

Hieraus aber geht hervor, dass auch Purgoldt die schadenstiftende Wirkung der überreichenden Äste vor Augen hatte, und ihre Beseitigung in II cap. 125 nicht aus tieferliegenden Gründen forderte, ebenso wie auch die Beschränkung und das Maass der Beschneidung, welche dem Nachbar in dem Zuchtbuch und Mannszuchtrodel von Pfeffers für die Beseitigung der überhängenden Zweige auferlegt worden, zeigen, dass man einer Schädigung des Grundstücksnachbars vorbeugen wollte. Der Unterschied der hier angeführten Stellen von den bei Anm. 109 ff. citirten Quellenentscheidungen besteht demnach darin, dass die letzteren, sofern wir sie wortgetreu auslegen, die Beseitigung des Überhangs nicht von dem Vorhandensein eines wirklichen Schadens abhängig machen, sondern dieselbe bereits in gewisser Aussicht eines Schadens für den Fall des Überwachsens von Zweigen anordneten.

Was speciell das „buk wichbelde Recht" (Sächs. Weichbild) in der berliner Handschrift von 1369 anlangt, so ist es, besonders in Hinblick auf die übrigen Handschriften des Sächsischen Weichbilds (vgl. die von v. Daniels u. v. Gruben herausgegeb. oben bei Anm. 112) schwer zu entscheiden, ob nicht in der von der Handschrift des Jahres 1369 gewählten Ausdrucksweise nur ein Irrthum des Abschreibers jener Handschrift, und nicht ein bewusstes Abweichen von den Grundsätzen des Ssp. II, 52 zu erblicken ist; in den späteren der ebencitirten Quellen aber, vor Allem in der Nürnberger Reformation XXVI, 14 lassen sich vielleicht nicht mit Unrecht die Keime des erst in den Gesetzgebungen der Gegenwart voll ausgebildeten Gedankens, dass in dem Überhange an sich eine Verletzung der Herrschaftsgränzen des Nachbars liegt, erkennen. Dieser Gedanke findet auch in andern Quellen darin seinen Ausdruck, dass die Klage über den Überhang bei den

Digitized by Google

Gränzgerichten angebracht, und der Streit durch die „Untergänger“ (so in den Heilbronner Statuten, IX tit. XVII) geschlichtet werden sollte.

Bezüglich des Umfangs der Beseitigung des Überhangs, so fehlt, wie bereits angedeutet wurde, eine dem römischen Rechte analoge Bestimmung, welche die Beseitigung des ganzen Baumes forderte, das deutsche Recht beschränkt sich vielmehr darauf, eine Beschneidung der auf das Nachbargrundstück reichenden Zweige anzuordnen, und zwar unterlassen hierbei die einzelnen Quellen entweder die Bestimmung einer für alle Fälle gesetzlich fixirten Gränze, oder sie schaffen eine solche Gränze, indem sie jedoch hierbei kein in Zahlen ausgedrücktes Maass gleich den „quindecim pedes“ des Titels de arboribus caedendis angeben, als vielmehr streng zu beobachtende Formen über Standort und Beschaffenheit des Werkzeugs für den die Beschneidung ausführenden Nachbar vorschreiben.[125])

Die Frage, ob wir bei denjenigen Quellen, welche in Folge der allgemeineren Fassung des Rechtssatzes über den Überhang eine solche Maassbestimmung nicht enthalten, — wie z. B. bei dem Sachsenspiegel, dem Breslauer Landrecht, dem Sächsischen Weichbild u. a., — annehmen müssen, dass sie alle Äste, welche auf das benachbarte Grundstück hinüberreichen, bis zu dem Gipfel beseitigt wissen wollen, ist, da der Wortlaut des Gesetzes selbst keine bestimmten Anhalte hierfür bietet, noch nicht definitiv entschieden.[126])[127]) M. E. ist aber dem die Beschneidung bedingenden Zusatze des Schadens, der Behinderung des Nachbars „sin veld zu ehren“[128]), eine Begränzung insofern zu entnehmen, als wenn dieser Schaden gehoben war, auch ein weitergehendes Abhauen der Äste zu unterbleiben hatte, denn es ist nicht einzusehen, warum der Nachbar, dem erst in Hinblick auf einen ihm durch

---

[125]) Über die singuläre Bestimmung des Zuchtbuch und Mannszuchtrodel von Pfeffers vgl. unten bei Anm. 135.

[126]) Vgl. Stobbe a. a. O. § 85 in der Anm. 21 bei Besprechung der Schrift Hildebrand's. — Lauterbach, colleg. pract. III pg. 422: hodie potius rami officientes tantum rescindi solent. Siehe auch die oben in Anm. 119 Citirten.

[127]) Deutlicher bereits die Glosse zum Ssp. II, 52: . . Schaden sie em aber nicht, so en darff man sie nicht abe hauwen (Citirt nach der Baseler Ausg. v. 1474).

[128]) Vgl. Nettelbladt, syst. univ. jurispr. nat. (ed. V. Hal. 1785) § 487: nobis competere ius sublucandi arborem, quatenus nobis impedimento sint rami in usu fundi nostri.

Digitized by Google

den Überhang zugefügten Schaden ein Selbsthülferecht erwuchs, bei Ausübung dieser Selbsthülfe zu einer die Gränzen des Nothwendigen überschreitenden Beseitigung der überhängenden Zweige legitimirt gewesen sein sollte.[129])

Für die Fixirung einer durch äussere Formen geschaffenen Gränze lassen sich aus der Fülle der Weisthümer zahlreiche Gesetzesstellen anführen, welche die Neigung des deutschen Rechts, „bei der Feststellung von Recht und Pflicht das unabänderliche Maass und die mechanische Zahl zu vermeiden" [130]) treu wiedergeben. Hierher gehören die Bestimmung des Benker Heidenrechts Art. 20:

> so sall de beschädigter nehmen enen leddern waigen und führen unter dieselbige boeme, dar de schaden geschiit und nehmen ene anxe, den stiehl einer ehlen lang, wat he sick damit entwehren kann, und abgehauen up dem wagen verblifft, sall he mit hem fahren, und dat ander liggen lassen.[131])

Ähnlich die Landfeste von Hattnegge Art. 67,

> so mag derjenige so das recht hat hinfahren, und die telgen off hawen, ... mit nahmen so hoch, als ein man gereiken kan mit einer beilen, und der stiel sall lang sein elf handbreit wan er stehet uf einem geledderden wagen.[132])

In mehreren Ordnungen wird an Stelle des „geledderden wagen" die Pflugschar oder „ploechrade" als Standpunkt für denjenigen der die Äste kappt, genannt; so in der Sennfelder Dorfordnung § 24, in welcher aber abweichend kein Werkzeug für den Ab-

---

[129]) In zahlreichen späteren mit dem Ssp. eng zusammenhängenden Quellen wird dies ausdrücklich bestimmt; so Landfeste von Hattnegge art. 67: so mag derjenige so das recht hat hinfahren und die telgen off hawen so hoch, dass sie ihme nicht hinderen an dem fahren (Grimm, Weisth. III S. 47); ebenso Öfnung zu Schwartzenbach (Grimm, Weisth. I S. 218) u. a

[130]) Gierke, „Der Humor im deutschen Rechte", S. 12 (Berlin — 1871).

[131]) Grimm, Weisth. B. III S. 42 (Westphalen).

[132]) Grimm, Weisth. B. III S. 47 (Westphalen); übereinstimmend das Schwelmer Vestenrecht: so hoge als ein man gerecken kan mit einer bilen wan he stünde up einem geledderten wagen. (Grimm, Rechtsalterth. S. 70 sub 12). Dieselben Mittel gewährt dem Nachbar das Landrecht der sieben Freien (Westphalen) bei Grimm, Weisth. B. III S. 67 und die neuere Abfassung desselben, — das Bochumer Landrecht (Grimm, Rechtsalterth. S. 70 sub 13).

schneidenden vorgeschrieben wird.[133]) Ebenso erwähnt den Pflug das Westerwoldsche Landrecht von 1470 cap. 8 art. 8, das Landrecht von Wedde ende Westerwoldinge Land art. 124 u. a.[134])

Eine singuläre Erscheinung ist die Maassangabe im Zuchtbuch und Mannszuchtrodel von Pfeffers, welches den Überhang über einen „wein- oder krautgarten" anderthalb Klafter, den Überhang über ein „tach" ein halb Klafter hoch beseitigt wissen will.[135])

Die an erster Stelle aufgeführten Stellen aus der Landfeste von Hattnegge, dem Schwelmer Vestenrecht, dem Bochumer Landrecht u. a. m. behandeln den Fall des Überhangs über den Weg, an dem einem Andern ein Recht zusteht[136]), deshalb bedient

---

[133]) „Es mag einer einen baum auf seinem acker aus schneizen, so hoch er den auf dem pflug erlangen kann, aber nit verderben". Schriften der Gröninger Genootschap pro excolendo iure patrio B. IV St. 2. — Grimm, Zeitschr. für geschichtl. Rechtswiss. B. III S. 353.

[134]) Westerwoldisches Landrecht: soe machmen staen up die ploechrade ende verhouwen den poem myt ener bylen dat helff up enen dume — elle lanck; fast wörtlich übereinstimmend das letztgenannte Recht. (Richthofen, friesische Rechtsquellen B. I S. 268; — Stobbe B. II § 85 Anm. 29. — Grimm, Zeitschr. f. gesch. Rsw. B. III S. 353.) — Am detailirtesten ist die Bestimmung der Öfnung zu Schwartzenbach (St. Gallen): derselbig (der Geschädigte) solle alsdann gewalt haben wann er mit seinem bawgeschirr uffem acker fahrt, und wi wit und hoch er mit der lenggen hand, wann er uffem schellrädli stath die est erlangen mag, dieselbigen abhowen, ob er wälle und damit nit gefräfflet haben. (Grimm, Weisth. B. I S. 218 l. A.); „bawgeschirr", zusammengesetzt aus bawen und geschirr = Geräthschaft jeder Art (Schmeller II p. 457), bedeutet hier des folgenden „schellrädli" wegen den Pflug, schell = trennen (Schmeller II, 395), rädli = Rädlein, woraus sich für schellrädli die Bedeutung des in der ausgehobenen Ackerfurche gehenden Pflugrades ergiebt. — Von Tiroler Quellen vgl. das Weisthum von Weer (Tiroler Weisth. B. I S. 171 Z. 40); — weiter das Weisthum von Kolsass (Tirol. Weisth. B. I S. 184 Z. 33): So mag er auf den pflueg stehen und mit dem pfluegbeil raumben als hoch er raichen mag, und endlich das Landrecht oder ehehaft Teiding des Landgerichts Haunsberg (Salzb. Weisth. S. 57 Z. 19). — Analog ist die von Grimm, Zeitschr. für gesch. Rswiss. B. III S. 352 fg. angeführte Bestimmung des spanischen Rechts, Fuero viejo de Castiella Lib. V. tit. 3 § 12, wo der die Beschneidung der Zweige Ausführende auf einem Maulthier mit gebogenen Knieen stehen, und soviel mit einer Axt abhauen soll, als er erreichen kann.

[135]) Grimm, Weisth. B. VI S. 375 § 76. (St. Gallen). Über diese Stelle ist bereits oben bei Anm. 124 das Nöthige gesagt.

[136]) Das Ehehaftrecht von Wilzhut Art. 11, 2 berechtigt Jeden, nicht nur den, der ein Recht an dem Wege hat, zur Beseitigung der überhängenden und den Weg versperrenden Äste: und sich der pamb mit esten

Digitized by Google

man sich als Standort des „geledderden wagen". Denkt man sich auf diesem Wagen einen Mann mit ausgestrecktem emporgehobenen Arme eine Axt mit einem „elf hand breit" langen Stiel haltend, so wird derselbe im Stande sein, von den überhängenden Ästen so viel abzuhauen, dass ein vollbeladener Wagen, wie ein Erntewagen, ungehindert unter dem Baum wegfahren kann, — dies ist wohl der diesen Entscheidungen zu Grunde liegende praktische Gesichtspunkt.[137]) Der Pflug andrerseits lag, wie er im Leben der Deutschen überhaupt eine hervorragende Stelle einnahm und vielfach bei Rechtshandlungen Verwendung fand[138]), bei der Beseitigung der über einen Acker hängenden Äste als Standort am nächsten.[139])

Grimm macht auf die Unsicherheit, mit welcher der auf einem Pfluge als Unterlage Stehende nach den Ästen schlagen kann, und auf das hieraus sich ergebende Zufällige eines Erfolges aufmerksam.[140])

Ich glaube nicht, dass dies beabsichtigt gewesen ist, da ja der zum Abhauen Berechtigte die Beseitigung der Äste innerhalb der ihm vom Rechte gesteckten Gränzen so oft wiederholen kann, als er will, richtiger ist der andere geltend gemachte Gesichtspunkt, dass man es mit Rücksicht auf den Baumeigenthümer dem in das Eigenthum eines Andern Eingreifenden habe erschweren, mindestens nicht erleichtern wollen, obgleich auch dies wieder mit dem „geledderden wagen" nicht vollkommen harmonirt.

In ähnlicher Weise wie mit den überhängenden Baumästen, verfährt man auch mit den aus der Gränzhecke über Gebühr hervorwachsenden Zweigen, und zwar lassen sich die Vorläufer der

---

dermassen auf gebracht, dass niemandt on nachtail durchfahren, oder reiten mecht, so soll der so geirt wirdt mit allem fueg herab zu hauen macht haben. (Grimm, Weisth. III S. 682 a. E.). Zweifellos ist hier an öffentliche Wege gedacht.

[137]) Das Benker Heidenrecht Art. 20 (bei Anm. 131) bedient sich des Leiterwagens ganz allgemein bei Überhang „up der andern grund"; ebenso verallgemeinert die Landfeste von Hattnegge in cap. 68 die Specialbestimmung des cap. 67.

[138]) Befahren des neuerworbenen Landes —, die Pflugschaar bei Gottesurtheilen (Grimm, Rechtsalterth. B. I S. 186; Grimm, Zeitschr. für geschichtl. Rswiss. III S. 364).

[139]) Auch hier ist der praktische Gesichtspunkt der, dass ein pflügender Mann unter dem Baume ungehindert fahren kann: Weisth. von Weer: das der mener mit den rossen wol durch fahren mag. (Tiroler Weisth. B. I S. 171 Z. 40); — vgl. auch Taiding von Haunsberg. (Salzb. Weisth. S. 57 Z. 20)

[140]) Grimm, Zeitschr. für geschichtl. Rechtswiss. III S. 354; ebenso betont er a. a. O. S. 351 den Zufall bei dem Überfall der Früchte. (vgl. unten bei Anm. 205).

hier einschlagenden Bestimmungen bereits in den ältesten deutschen Rechtsquellen, den Volksrechten, wahrnehmen.[141])

Der Sachsenspiegel selbst hebt den Fall der sich auf das Nachgrundstück ausbreitenden Heckenzweigen nicht mit ausdrücklichen Worten hervor, dagegen schlagen an dieser Stelle aus dem Kreise der sächsischen Rechtsbücher die Bestimmung des Rechtsbuchs nach Distinctionen II, 2 Dist. XV:

> Alle zcune dy man zcunet in wichbilde, adder in felde, ymme boymgarten adder umbe krutgarten, dy sal eyn iczlich man dy storczen uf dy gewer kern unde nicht herusz[142]),

sowie die fast wörtliche übereinstimmende Entscheidung des Eisenachischen Rechtsbuchs III Art. 26[143]) ein.

Aus der Reihe der späteren Weisthümer spricht sich hierüber am eingehendsten das Landrecht des Gerichts Raschenberg in § 8[144]) aus:

> „es solt auch ain ieder pandzaun . . . . durch dene, dem solcher pandzan zu friden zuegehört am dritten jahr gestimblt werden . . . .“ — geschieht dies nicht, so soll der Nachbar „auf das pfluegrad stehen und mit seinem handpeil was er erlangen kann“, abhacken.[145])

---

[141]) Vgl. A. B. Schmidt in Gierke's Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte B. XVIII S. 39.

[142]) Ausgabe von Ortloff, 1836 S. 114. — Vgl. Brünner Schöffenbuch (Rössler) cap. 208: Item sepem faciens ramos virgarum ad curiam vicini non vertet. Ferner Altprager Stadtrecht (herausgegeben von Rössler 1845) S. 150 cap. 167: wer seinen zaun zeunen sal, der sol este von den gerten in seinen hoff keren vnd anders nyernt.

[143]) Ausgabe von Ortloff S. 710.

[144]) Grimm, Weisth. B. VI S. 154 (Bayern); — Weisthum von Winhering (1594) § 11: Fürs aindlift, als man auch etlicher orten rauhe zein ziglet und poschen einsetzt, solle dieselben ain ieder auf seine grunt sezen und alweg am dritten jar sonderlich auch die unnuzen böcken und stauden järlich schnaiten und ausstocken . . . (Grimm, Weisth. B. VI S. 140 — Bayern).

[145]) Vgl. ferner der sieben freien Hagen Recht cap. 20: Ich frage wie soll man bey hagen umgehen, wenn sie einem zu nahe wachsen? Wann der dem der hage zugehöret nicht will abräumen, wie sichs gebührt, so soll der deme er zu nahe wächset, die barden dröge wetzen, und ziehen sie durch eine zipollen und räume weg bis an den alten stamm. Derselbe Gedanke liegt dem cap. 21 desselben Gesetzes (von den zäunen) zu Grunde (Grimm, Weisth. B. III S. 309 — Niedersachsen); — Westerwolder Landrecht cap. 8 § 2: von tuinen (Richthofen a. a. O. B. I S. 268). — Von oesterreichischen Rechts-

Digitized by Google

Einen weiteren Punkt des bei der Beschneidung der Äste zur Anwendung kommenden Verfahrens anlangend, so gestattete, wie aus der oben bei Anm. 119 ff. gegebenen Zusammenstellungen unschwer ersichtlich ist, die grosse Mehrzahl der deutschen Rechtsquellen dem Grundstücksnachbar oder dem anderweit in der Ausübung seines Rechtes Beeinträchtigten, die Ausübung unmittelbarer Selbsthülfe[146]), nur selten wird dies Selbsthülferecht des Nachbars auf die Vollstreckung eines vorausgegangenen, den Baumeigenthümer condemnirenden Urtheils beschränkt.

Als Ausnahme von der Regel erscheint u. a. die Endbestimmung des I. Buches der Goslarer Statuten:

> Wes bomtelghe up des anderen eghen gat eme to scaden de scal ime umbeden, des se sint mit gherichte, dat he se af houwe, ne det he des nicht so mach he se selven af houwen alse verne alse up dat sin gat.[147])

Andere Rechte, wie die Magdeburger Blume, das „älteste polnische Rechtsdenkmal", die Heilbronner Statuten u. a., unterlassen überhaupt ganz ein Selbsthülferecht des durch den Über-

---

aufzeichnungen vgl. das Ehehaftrecht von Wilzhut Art. 11. 2: breitet sich der am Wege stehende Zaun soweit aus, dass er die Benutzung des Weges hindert „so sall der so geirt wirdt mit allem fueg herab zu hauen macht haben". (Grimm, Weisth. B. III S. 682); — Vgl. auch Wagner, „Rechtsquellen des grauen und oberen Bundes" in der Zeitschrift für Schweizer Recht B. XXV S. 346 art. 44: Witer ist ouch das mera worden an der ganzen gmeint das niemant kein zün der stras znach setzen sol ob aber der zun znach im wäg säss und einen der zun irrte so mag eren um stossen und brächen da mit byderblüt frömpt und heimsch gefaren mügen. Ebenso art. 52 a. a. O. S. 347.

[146]) Der Sachsenspiegel II, 52, das Breslauer Landrecht, das sächsische Weichbild u. a enthalten das einfache Verbot „siner bome telge ne solen over den tun ok nicht gan", ohne die Mittel anzugeben, deren sich der geschädigte Nachbar zum Zwecke seiner Befreiung von den überhängenden Zweigen bedienen darf; erst spätere Quellen legen auf das Selbsthülferecht des Nachbars besonderen Nachdruck. Ob hierin ein besonderes Characteristikum des deutschen Rechts zu sehen ist: vgl. u. bei Anm. 265.

[147]) Ausgabe von Göschen S. 41; — Vgl. auch das „behmische Recht wie dasselbe in des Königreichs Beheim neuen Stadt Prag in üblichem Brauch gehalten wird", cap. XLI art. 25 in der Ausgabe von 1607 (Leipzig, Henning, Grossen). Dasselbe bestraft denjenigen „so . . . mit seinem Nachbar streitig vnnd kriegisch were in sachen die Bawmgärten vnd Hopffengärten betreffend vnd erwarteten nicht des Rechtlichen Entschiedes, sondern hiebe aus eigenem fürsatz die Bäwme ab". Ferner vgl. Niederösterr. Weisth. (Winter) I S. 742 Z. 25 ff., 811 Z. 7 ff., 854 Z. 22 ff., 894 Z. 8 ff. — Mit den Goslarer Statuten stimmt hinsichtlich der im Texte hervorgehobenen Punkte die Wormser Reformation von 1498 überein. (citirt oben Anm. 105).

Digitized by Google

hang Beeinträchtigten zu verfügen [148]), sie verweisen denselben, vielmehr ein Mal wie in der ebencitirten Stelle der Goslarer Statuten, auf den Weg der Klage, und legen dann dem Baumeigenthümer, welcher sich weigert, in Gemässheit des gegen ihn ver-

---

[148]) Polnisches Rechtsdenkmal (herausg. v. Volkmann) cap. 19 (citirt oben bei Anm. 118); bei Weigerung des Baumeigenthümers wird eine Strafe von „III hundirt" ausgeworfen; — Magdeburger Blume lib. I cap. 36: er mag seinen schadin beleitin mit richter und mit schepfin und im gebot legin den schadin czu wandelin. (Auf diese Quelle bezieht sich jedoch nur der erste Theil des im Text Gesagten; die Frage, wie es bei Widerstreben des Baumeigenthümers zu halten sei, bleibt unbeantwortet). Heilbronner Statuten von 1541 Th. IX tit. XVII (von Baum abhawen in der Stadt): Der Nachbar welcher unter dem Überhange eines fremden Baumes leidet „mag .... die Untergenger ye zu zeytten darumb ansuchen vnd begern den schaden oder beschwernuss zu besichtigen, das auch also auff bitt vnd beger des Clagenden beschehen vnd so sich beschwernuss oder schaden erfünde vnd erkendt würd abzuthun oder den baum abzuhawen". Die Beseitigung soll seitens des Baumeigenthümers innerhalb einer Frist von 14 Tagen erfolgen, für deren Nichteinhaltung das Gesetz eine Strafe von „Zwey pfundt" verhängt. Dieselbe Entscheidung und zwar gleichfalls unter Festsetzung einer 14-tägigen Frist trifft die Frankfurter Reformation von 1578 Theil VIII tit. 13. — Allerdings ist sowohl die Blume des Magdeburger Rechts, als auch des Heilbronner Statut und die Frankfurter Reformation von 1578 (letztere Beide besonders durch das Mittelglied der Wormser Reformation von 1498) vielfach von römischem Rechte beeinflusst; da jedoch Dig. XLIII, 27 das Recht der Klagerhebung des Nachbars zum Zwecke der Beseitigung des Überhangs nicht ausdrücklich hervorhebt, und der Einfluss des römischen Rechts in der überwiegenden Anzahl der damaligen deutschen Codificationen seinen Ausdruck weniger in einem Eindringen der Gesetzesredaktoren in die leitenden Grundgedanken des römischen Rechts und die hieraus zu ziehenden Folgerungen, als in einer mehr mechanischen unmittelbaren Herübernahme römischer Rechtsbestimmungen findet, so ist es m. E. unrichtig, die Entstehung dieses dem Nachbar eingeräumten Klagerechts unbedingt fremden Einflüssen zuzuschreiben. — Vgl. auch Feld-Recht der Stadt Müllhausen art. IX § 10: Wenn aber die Aeste davon dem Nachbar zu weit überhingen und schädlich wären, mag er an gehörigem Ort klagen, dass solche gestimmelt und der Regen-Trauf so dahin abfallet von des Nachbarn Guth abgeschafft werden. — Zugleich mache ich vergleichsweise auf die übereinstimmende Verfügung der interessanten Statuta Mentoni (veröffentlicht 1886, Augustae Taurinorum) pg. 42 „de arboribus impendientibus vias" aufmerksam: Item statuit et decrevit quod ubi aliqua Mentoni habuerit arbores, que vias se per illas pedester vel equester transeuntes quomodlibet impediant vel occupent quod domini talium arborum teneantur et debeant illas infra tres dies postquam eisdem fuerint denunciatum arbitrio potestatis seu alterius ad id deputati taliter infundere, quod impedimentum aliquod cum bestiis vel sine bestiis transeuntibus non inferant; quod si non fecerint in bannum unius grossi pro quolibet denunciante incurrat et quilibet accusare possit et accusanti pro iuramento credatur.

Digitized by Google

gangenen Urtheils den Nachbar von dem Überhange selbst zu befreien, eine Busse auf, deren Höhe den widerstrebenden Willen des Baumeigenthümers brechen sollte.

Ein gewissermassen abgekürztes, ausserordentliches Verfahren bezeichnet die Bestimmung des Augsburger Statuts von 1276 Art. LXXXI, demzufolge sich der Nachbar für die ihm aus dem Überhang entstehenden Nachtheile durch die Früchte der überragenden Zweige entschädigen darf,

> „Wil aber er des obzes niht so mag er dem vogte wol clagen unde sol der vogt daz danne abe hawen swaz uber din gut da hanget, swelher hant baum daz ist.“ [149])

Wenn schon es sich hier nur um eine Beschwerde zu handeln scheint, über welche ohne jede weitere Verhandlung entschieden wurde, so tritt doch das in dem vorliegenden Citate angegebene Verfahren durch die Theilnahme des Vogts aus dem Rahmen der von dem Benachtheiligten unmittelbar geübten Selbsthülfe heraus.

Wie bereits bemerkt müssen diese Stellen gegenüber der grossen Anzahl derjenigen Quellenentscheidungen, welche sich zu Gunsten eines unmittelbaren Selbsthülferechts des Nachbars aussprechen, als Seltenheiten bezeichnet werden; das deutsche Recht geht sogar soweit, im Gegensatz zum römischen Rechte von dem benachtheiligten Grundstücksnachbar nicht ein Mal den Erlass einer Aufforderung an den Baumeigenthümer und eine ausdrückliche Weigerung desselben zu fordern, ehe es dem Ersteren das Recht einräumte, durch eigenes Eingreifen den ihm schadenbringenden Überhang zu beseitigen. [150])

Als Ausnahme für diesen letzten Punkt ist zwar auch die Glosse zum Sachsenspiegel II Art. 52 § 2:

> du bist is ane schuld ap du is ym gestaten wilt, das er is selbir tut ut ff. de arboribus cedendis l. ait praetor ... [151])

zu nennen, jedoch ist dieser Stelle in Folge des gekünstelten Vereinigungsversuches, welchen sie gegenüber dem römischen Rechte anstellt, nur geringes Gewicht beizumessen. Von grösserem Belang

---

[149]) Meyer, das Stadtbuch von Augsburg S. 162; — Walch, Beiträge IV S. 286.

[150]) Beyer, l. c. pg. 555 und Kraus, l. c. pg. sequ.; — Schmidt, Vorlesung. über sächs Privatr. B. I S. 257; — Hellfeld, jurispr. forens. § 1875.

[151]) Citirt nach der Baseler Ausgabe von 1474. — M. Kling, Sächsisches Landr. Bl. 104 enthält statt des im Texte gegebenen Wortlautes: „so soll er sie abhauen, und du bist ohne Schuld, ob du es ihm nicht gestatten willst, da du es selbst thust: l. 1 Dig. XLIII, 27 (abgedr. bei Emminghaus, Pandekt. des gem. sächs. R. S. 444 No. 18).

Digitized by Google

ist cap. 19 des Urtheils zum Sandwell[152]), worin verfügt wird, dass der Baumeigenthümer die Beseitigung des Überhangs vornehmen solle,

> „oder sofern er solches zu thun verweigerte, soll der andere mann (hier: der Nachbar) die absteubung selbst thuen mögen.

In derselben Weise wie das Urtheil zum Sandwell entscheiden das Weisthum von Weer[153]), sowie das Weisthum von Kolsass, während der Wortlaut des Benker Heidenrechts § 20[154]):

> Item so wise ik ok vor recht dar dei boeme up des andern grund overhangen thut, dar demselbigen schaden van thogekehret würde, und derjenige in dessen grund der boem stehen thut, nicht abschaffen will,

eine bestimmte Auslegung nicht zulässt, da die Worte „nicht abschaffen will" ebenso gut nur ein blosses Unterlassen, und nicht ein ausdrückliches Widerstreben des Baumeigenthümers enthalten können. —

Über den Rechtsgrund, welcher den Grundstücksnachbar berechtigt, eine Beseitigung der über sein Grundstück hängenden Äste zu fordern, bezieh. persönlich deren Beschneidung vorzunehmen, ist in der deutschrechtlichen Literatur viel gestritten worden.

---

[152]) Grimm, Weisth. B. III S. 136 fg. — vgl. auch Stobbe a. a. O. II S. 105. — Die Nürnberger Reformation XXVI, 14 und die Regensburger Wachtgerichtsordnung von 1657 tit. XIX § 2 sprechen nur von der an den Baumeigenthümer ergangenen Aufforderung ohne die Möglichkeit der durch den Nachbar zu übenden Selbsthülfe zu erwähnen (das Regensburger Statutarrecht in der von Weber, a. a. O. B. V S. 75 wiedergegebenen Fassung spricht in § 131, 2 davon, dass der Nachbar „zu klagen befugt" sei).

[153]) Weisthum von Weer (Tiroler Weisth. B. I S. 171 Z. 40 fg.): Item wo zween mit iren grunt an einander stossen oder ligent und auf dem ainen thail perent pämb steen, und der ander seinen grunt pauen wolt, das soll ir ainer dem andern zu wissen thuen, das der, des die paum sind die öste selb aufschneid . . . thät er das nicht so mag darnach der ander steen . . . und mit ainem peil die öst selbe raumen. Derselbe Ausdruck im Weisth. von Kolsass (Tiroler Weisth. B. I S. 184 Z. 28). — Vgl. auch den tractatus de juribus incorporalibus tit. XIII § 10 Wenn aber die Bäum sich soweit ausbreiten, dass sie mit deren Aesten und Wurtzen dess Nachbarn Gründen schädlich seynd, so hat der Nachbar Macht, wenn es der Baumherr auf Ersuchen nicht wenden will, solche schädliche Aest und Wurtzen selbst ab und weg zu hauen. (Niederösterreich; vgl. Schuster, oesterr. allgem. Gerichtszeitung XXXIV No. 14).

[154]) Grimm III S. 42 § 20. Ähnlich im Rechte der sieben freien Hagen cap. 20: Wann der dem der hage zugehöret nicht will abräumen wie sichs gebührt. (Grimm III S. 309).

Digitized by Google

Man glaubte sich vor eine Principfrage gestellt, deren Beantwortung zugleich Licht auf andere demähnliche Rechtsverhältnisse werfen könnte und bemühte sich daher einen theoretischen, die Keimkraft für die Erklärung einer Reihe von Rechtsinstituten in sich schliessenden Kernpunkt zu finden.

Es ist vorauszuschicken, dass der Baum im Eigenthum dessen steht, aus dessen Grund und Boden der Stamm hervorwächst; dieses Eigenthumsrecht begreift alle Zweige des Baumes in sich, gleichgültig, ob sie sich über den Boden dessen breiten, dem der Baum als solcher gehört, oder ob sie hinüber über das in fremdem Eigenthume stehende Nachbargrundstück reichen. Dies ist die in der älteren wie in der neueren Literatur herrschende und allein richtige Ansicht.[155])

Nicht zu billigen ist demgemäss, weil von Anfang an auf unrichtiger Grundlage ruhend, die Ansicht Beseler's[156]), derzufolge bei dem Überhange „das Recht des benachbarten Grundstücks als maassgebend betrachtet wird", und hierdurch der Eigenthümer des Nachbargrundstücks bei Beseitigung der Äste nur in der Ausübung seiner freien Verfügungsgewalt über die ihm gehörige Sache begriffen erscheint.[157]) Allerdings besteht eine Stelle, welche die

[155]) Vgl. Runde, Grunds. des gem. deutsch. Privatr. § 276 a. E.; Stobbe, a. a. O. § 85 a; Fuldaisches Privatrecht bei Weber, Darstellung der sämmtl. Provinzial- u. Statutarrechte Bayerns B. III S. 980: „Das Eigenthum eines auf der Gränze stehenden Baumes wird nach Fuldaischer Observanz nicht nach dem Überhang der Äste, sondern nach dem Hauptstamm bemessen" (§ 155, 1); Nettelbladt, syst. univ. jurispr. nat. (ed. V. Hal. 1785) § 487: . . „de dominio arborum notari meretur: arborem eius esse in cujus fundo truncus est"; Hagemann, Landwirthschaftsr. § 137; Weiske, Landw. § 83; Hesse, Rchverh. zw. Grundstücksnachb. § 58; Gruchot, Beiträge VII S. 119 ff.; — Brückner, Handbuch des herzogl. Sachsen-Goth. Privatr. § 465. — Abweichend Land- u. Urbarrecht des Pfleg- u. Landgerichtes Hüttenstein cap. 22: fahlss ein solcher (fruchttragender) paumb also situieret ist, daz er auch von eines andern grund oder erden saft und wachsthumb erhaltet, so haben beede auf gleiche thail die früchten (Salzb. Taid. S. 175 Z. 1 ff.); Braunschweiger Rescript vom 21. Januar 1793 (Steinacker, Particulares Privatrecht des Herzogthums Braunschweigs S. 395 Anm. 1). Über Letzteres vgl. auch unten Anm. 197.

[156]) Beseler, System § 87 sub IV, S. 356 (4. Aufl.); vgl. auch Hillebrand, a. a. O. S. 322 und Kayser in Gruchot's Beiträgen XXI S. 73 ff.

[157]) So muss man wenigstens die Worte Beseler's: „so dass dem Eigenthümer desselben (d. h. des benachbarten Grundstücks) die herüberragenden Äste und Früchte . . . des fremden Baumes gehören" auffassen. — Diese Ansicht wurde vor Allem im 18. Jahrhundert von der sächsischen Jurisprudenz, welche ein besonderes „ius aeris" construirte, vertreten; vgl. Beyer,

Digitized by Google

Auffassung, dass die über ein fremdes Grundstück ragenden Zweige nicht im Eigenthum des Baumeigenthümers inbegriffen seien unterstützen könnte; es ist dies die Verfügung des Urtheils zum Sandwell cap. 19:

„Daer zwei marken gründe bey einander liggen und ob den einen grund ehezeits telgen gepottet, die nun über des andern manns land wachsen, so sey derselbig schuldig, die zweiger, welche ober des andern land überhangen abzustüven, und dasz holz bei derselbigen sonnen darhen zu schaffen . . . . ."[158])

Das „darhen" am Schlusse der eben citirten Stelle würde sich als Demonstrativ gefasst auf „des andern manns land" beziehen, und demnach ein Anrecht des Nachbars an dem Holze der überhängenden Zweige voraussetzen, es ist jedoch richtiger, dieses „darhen"[159]) in Verbindung mit dem darauffolgenden „schaffen", ohne einen besonderen Nachdruck auf die locale Beziehung desselben zu legen, mit „wegschaffen" wiederzugeben.[160]) Wenn dies aber auch nicht als die richtigere Auslegung erschiene, so würde doch diese einzige, überdies in anderer Beziehung ziemlich isolirt dastehende Stelle nicht im Stande sein, eine eventuell auf ihr führende Theorie zu rechtfertigen.

Gegen die Ansicht Beseler's streiten vor Allem die oben bei Anm. 147 ff. angeführten Stellen der Magdeburger Blume, der Goslarer Statuten, des „ältesten polnischen Rechtsdenkmals" u. a., denn es wäre nicht einzusehen, warum man klagen sollte, um sich der Äste zu erwehren, welche nach Beseler's Ansicht dem

---

delineat. iur. civil. ad tit. Pand. de arbor. caed. XLIII, 27; Berger, oecon iur. lib. II tit. II § XVII n. 2; Wernher, observ. for. P. II obs. 426. Heinrich Hahn, ad Wesembecium, tit. de glande leg. und hierzu unten bei Anm. 259 u. 261; — Neuerdings vertritt Schuster, in der allgem. oesterr. Gerichtszeitung, Jahrg. 1883 (B. XXXIV) No. 13 ff. dieselbe Ansicht.

[158]) Grimm, Weisth. B. III S. 136 ff.

[159]) Über die Bedeutung des Wortes „darhen" vgl. Müller, Mittelhochdeutsch. Wörterbuch S. 307.

[160]) Der Hauptgrund für diese letztere Wiedergabe liegt in der auch unmittelbar darauf im Texte hervorgehobenen Überlegung, dass wenn die auf das Nachbargrundstück überragenden Äste dem Nachbar gehören, das Gesetz dem Baumeigenthümer vollkommen grundlos die Verpflichtung zu ihrer Beseitigung auferlegte. — Ich möchte hier zugleich einem Irrthum vorbeugen, und bemerke deshalb, dass weder Beseler, noch ein anderer Vertreter der Beseler'schen Ansicht sich auf diese Stelle stützt. — Gegen die Ansicht Beseler's vgl. auch Hesse, a. a. O. B. II S. 199 (2. Aufl. S. 528).

Digitized by Google

Kläger selbst gehören. Auch wenn man diesen Quellen ihrer Sonderstellung wegen nicht ausschlaggebendes Gewicht einräumen will, so steht doch der von Beseler vertretenen Meinung des in zahlreichen Quellen für die Beseitigung der Äste angegebene Maass entgegen. Denn aus welchem andern Grunde giebt das Gesetz dem Nachbar nur ein „elf handbreit" lang gestieltes Beil in die Hand, als aus dem Streben, den Eingriff in das fremde Eigenthum innerhalb der Gränzen der Nothwendigkeit zu beschränken? Oder warum darf nach einigen Quellen der Nachbar, welcher die Äste selbst abgeschnitten hat, nur so viel mit sich nehmen, als auf seinem Wagen liegen bleibt, während er den übrigen Theil der abgehauenen Zweige dem Baumeigenthümer belassen muss? [161])

Auch das lässt sich nicht mit der Ansicht Beseler's vereinigen, dass, wie sich das Eisenacher Rechtsbuch ausdrückt, dem der „den stog yn sime hofe" hatte [162]), gestattet war, den Überhang von des Nachbars Grundstück „bi omen to zcihen". Allerdings ist es bestritten, ob wir dieses Recht auf den Überhang jedes Baumns, oder nur auf den gewisser Gewächse, wie Rankenpflanzen u. dgl. zu beziehen haben, und könnte von der gegnerischen Seite gerade hierin der springende Punkt gefunden werden, dass der schwankende Hopfen, dessen Ranken der Wind bald auf diese

---

[161]) Es wird in den Quellen nur ganz ausnahmsweise über die Frage, wem die abgehauenen Zweige zufallen gehandelt. Um so mehr Beachtung verdienen daher die Entscheidungen des Landrechts der sieben Freien (Grimm, Weisth. III S. 69) und des Benker Heidenrechts § 20 (Grimm, Weisth. III S. 42) —, beide Westphalen angehörig, — welche eine Theilung der abgehauenen Äste zwischen dem Baumeigenthümer und dem die Beseitigung vornehmenden Nachbar bestimmen, indem sie dem Letzteren gestatten das „was in die ledderen felt" (in die „Leitern" des Wagens), oder wie sich das Benker Heidenrecht deutlicher ausdrückt, was „abgehauen up den wagen verblifft" mitzunehmen, während er „dat ander liggen laten" soll. — Bemerkenswerth ist anderseits die Bestimmung in einer auf der Reichsgerichtsbibliothek zu Leipzig befindlichen Handschrift der Eisenachischen Statuten von 1687 Th. III Art. 17 (fehlerhafter Abdruck bei Franken, neue Beyträge zu der Geschichte .... der Lande des Chur- und Fürstlichen Hauses Sachsen I Th.): „Wolte auch des Baums eigenthumsherr die schädlichen Äste nicht abhauen, so mag sein Nachbar, dem sie schaden, sie wohl selbst abhauen und in seines Nachbarn Hoff werfen; und leidet daran keinen wandel. — Vgl. Stobbe a. a. O. § 85 Anm. 21. Die in Sachsen herrschende Doctrin sprach vor der Emanation des Bürgerl. Gesetzb. für das Kgr. Sachsen dem Nachbar, welcher die Beseitigung des Überhangs vornahm, das Holz der abgehauenen Zweige zu. Genauer ist hierüber bei der speciellen Besprechung des sächsischen Rechts unten bei Anm. 258 ff. gehandelt.

[162]) Ausgabe von Ortloff S. 710.

Digitized by Google

bald auf jene Seite treibe, in Gegensatz zu den festeren Baumzweigen gesetzt wird; eine genauere Prüfung der Quellen aber wird die Unrichtigkeit dieser Auffassung darthun.

Betreffs der Rankengewächse trifft der Ssp. eine klare, nicht misszuverstehende Bestimmung in B. II cap. 52 § 1:

> Vlichtet hoppe over enen tun, sve die wortelen in deme hove hevet, die gripe deme tune se he nest moge, und tie den hoppen; svat is ime volget, dat is sin; svat is in anderhalf blift, dat is sines nakebures.

Wörtlich stimmt hiermit wieder der Ausdruck des Breslauer Landrechts[163]), der „systematischen Bearbeitung des Ssp. für Berlin"[164]) und des Sächsischen Weichbildes[165]) überein; ebenso enthält das „polnische Rechtsdenkmal"[166]) in detailirter Ausführung dieselbe gesetzliche Anordnung.

Es herrscht nun, wie bereits bemerkt, darüber Streit, ob diese den Hopfen ausdrücklich hervorhebenden Bestimmungen nur in diesem Gebiete der leicht beweglichen und leicht von dem Eigenthümer auf sein Gut zu ziehenden Ranken Geltung besitzen[167]), oder ob eine Ausdehnung dieses Rechtssatzes auch auf Bäume und die von ihnen auf das Nachbargrundstück ragenden Äste im Sinne des Gesetzgebers liegt.

Ich möchte mich für die letztere Auffassung entscheiden, und zwar aus folgenden Gründen: Allerdings kann die kurze bestimmte Fassung des § 2 des Ssp. II, 52 den Eindruck hervorrufen, als ob

---

163) Gaupp, a. a. O. cap. 216.

164) Fidicin, a. a. O. S. 104. Ebenso wieder das Eisenachische Rechtsbuch III, 23: Flichtet der hopphe ubir den zcun, wer den stog yn syme hofe had, der griffe an dem zcune, so er ferrist mag, und zcihe di hopphen bi omen. Waz em danne volget, das ist sin; daz andirsit blibit, daz ist syns nagkeburs. Übereinstimmend die Landfeste von Hattnegge cap. 76 (Grimm, Weisth. III S. 48).

165) Cap. 125 § 1 (Ausgabe von Daniels u. Gruben).

166) „Polnisches Rechtsdenkmal" cap. 19 (Volkmann): Alzo der gebuer garten zo no anenander stan, daz der hoppe us eynes garten wechset in den andern, Bittet denne ienir mit geczuge, daz her sinen hoppe wene us zynen garten vnde tut her des nicht, wen der hoppe ryf wirt, her mus (darf) nicht in gens garten geen, Synen hoppe abe brechin, sundir her gewinne zin in zines garten zelbes alzo vil . . . . Waz abir des hoppen in eynes garten blibet, den mus her wol vrilichin behalden. — Vgl. auch Westerwolder Landrecht cap. 8 § 15: was hem volget to den wortelen dat mach he holden, dat ander mach die gene hebben daer hy hoven syn grunt wasset. (Richthofen, B. I S. 268 fg.).

167) Hillebrand a. a. O. S. 311 bes. Anm. 2.

Digitized by Google

die Bäume in ihrer Gesammtheit im Gegensatz zu den Rankengewächsen gestellt würden[168]), wir vermögen jedoch aus andern mit dem Ssp. in engem Connexe stehenden Quellen, den wahren Inhalt der ebengedachten Stelle zu bestimmen.

So führt die Glosse zum Sachsenspiegel als Erklärung zu Buch II Art. 52 § 1 und 2 an:

> Dieses § meinung ist auch czweierley, wen als er geseczt hat von kreuten vnd von czweigen dy man geczihen mag, die gebogen sein. Darumb sagt er erst von czweigen dy nicht gefolgig sein vnd sagt: die czweige etc.[169])

In ähnlicher Weise bedient sich die „Clevische Rechtsquelle des XV. Jahrhunderts" in Titel 176[170]) des Ausdrucks:

> ind sin die telgen niet boige soe en sullen die boem telger aver den tuin niet hangen dinen naburen toe schaiden.[171])

Man betonte demnach nicht den Gegensatz von Hopfenranken und Baumästen, sondern den von biegsamen und nicht biegsamen Zweigen.

Weiterhin finde ich einen Beleg für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht darin, dass man bereits früh bestrebt war, dieses leicht misszuverstehende Verhältniss des § 1 zu dem § 2 des Sachsenspiegels II, 52 durch grössere Ausführlichkeit aufzuklären bez. bei neuen Codificationen zu vermeiden.

So stellt bereits die Görlitzer Glosse[172]) die „hopfingertin oder weingertin oder baumgertin" und damit die verschiedenartigen aus ihnen auf des Nachbars Grundstück reichenden Zweige auf eine Stufe, während sich das Rechtsbuch nach Distinctionen,

---

[168]) So Kayser a. a. O. S. 71, der deshalb auch eine Ausdehnung der Bestimmung des § 1 des Sachsenspiegels II, 52 verwirft. — Andrerseits vgl. Brückner, Handbuch des herzogl. sächs. Privatr. § 465 (S. 102): „Jeder Grundeigenthümer hat das Recht, die über sein Grundstück hängenden Aeste eines fremden Baumes abzuschneiden oder sonst nach Gefallen zu benützen. Doch darf der Eigenthümer des Grundstücks, auf welchem ein Baum Wurzel geschlagen hat, der über die Grenze des nachbarlichen Grundstücks hinaus gewachsen ist, denselben nach seinem Grundstück hinziehen. [Sp. II. 52];" — Siehe auch Nettelbladt, syst. univ. jurispr. nat. (ed. V. Hal. 1785) § 487.

[169]) Citirt nach der Baseler Ausgabe von 1474.

[170]) Zeitschrift für Rechtsgesch. B. IX (1870) S. 448.

[171]) Auch kurz vorher finden sich in derselben Stelle die Worte: „off die boige si" u. s. w.

[172]) Heidelberger Jahrbücher 1823 S. 106. — Verallgemeinerung in der Glosse von 1340, (hierzu Schulte, Rechtsgesch. S. 140. 144 und Kayser a. a. O. S. 71).

sowie die „Casseler Handschrift eines Rechtsbuches" II, 22, betreffs der Überhangsfrage ganz allgemein ausdrücken, ohne die Rankengewächse besonders hervorzuheben.[173])

Es kommt noch ein zweiter Grund hinzu. Mir scheint es sich nämlich im vorliegenden Falle weniger um eine Frage des principiellen Rechts, als vielmehr um eine Frage, welche nach der jeweiligen Sachlage zu beantworten ist, zu handeln. Ist es möglich, die auf das Nachbargrundstück hinüberragende Baumäste „bi omen to zcihen", so ist es nicht einzusehen, warum es dem Baumeigenthümer verwehrt sein sollte, sich desselben Mittels wie bei dem Überhängen von Hopfenranken zu bedienen. Weshalb sollten bei dem Vorhandensein völlig gleicher Bedingungen die Baumäste einem andern rechtlichen Grundsatze unterliegen, als die Rankengewächse?

Drittens endlich, und zwar richtet sich dies zugleich als schwer wiegender Grund gegen die Ansicht Beseler's, — war ja der Baumeigenthümer nicht ein Mal gesetzlich behindert, die Beschneidung der überhängenden Zweige selbst vorzunehmen.[174]) Hat der Baumeigenthümer die Pflicht, die Äste seines an der Gränze wachsenden Baumes auf das Grundstück des Nachbars hinüberragen zu lassen, oder liegt es nicht vielmehr im Sinne des Gesetzes, dieselben derartig einzuschränken, dass der Gefahr einer Schädigung des Nachbars vorgebeugt werde? Darin, dass das Gesetz dem Nachbar gestattet, die Beseitigung der Äste durch einen Akt der Selbsthülfe vorzunehmen, liegt doch noch kein dem Baumeigenthümer gegenüber gesetzlich garantirter Anspruch des Nachbars, ihm dies Selbsthülferecht nicht zu verkümmern und die Äste über dem Nachbargrundstück zu belassen![175]) Nur in einem

---

[173]) Rechtsbuch nach Distinctionen II cap. II Dist. 14: Welch man by sime nackebur had eynen boymgarten legen waz do obir dez andern were kempt mit sinen esten adder zcelcken, der denne den stam adder worczeln uf siner gewer had, der zcy sich der este adder zcelcke an unde griffe denne so her nesten moge; waz om denne fulget daz ist sin (waz im da nicht gevolgen mac, das schol ienes sin) — vgl. Hillebrand a. a. O. S. 311 bei Anm. 2. Fast wörtlich übereinstimmend die Bestimmung der Casseler Handschrift eines Rechtsbuchs 3, 22 (citirt bei Grimm, Rechtsalterth. S. 551 fg. und bei Hillebrand a. a. O.); Vgl. auch Kayser a. a. O. S. 72; Hesse, die Rechtsverhältn. zwischen Grundstücksnachb. B. II S. 200 (2. Aufl. S. 528 fg.).

[174]) Zahlreiche Quellen beginnen sogar ihre Bestimmungen über den Überhang damit, dass sie sagen der Baumeigenthümer „sey .. schuldig, die zweiger, welche ober des andern land überhangen, abzustüven" (Urtheil zum Landwell, Weisthum von Raschenberg, Weisthum von Winhering u. a.).

[175]) Ausführlich äussert sich über diese Frage ein Erkenntniss des Wittenberger Schöffenstuhls aus der Mitte des 18. Jahrh. [ab-

Digitized by Google

Falle beschränkte das Gesetz nach particulärer Bestimmung den Baumeigenthümer in der freien Verfügung über die überhängenden Äste seines Baumes: Man mochte nämlich einsehen, dass es unbillig war, dem Nachbar, der bisher den Überhang geduldet hatte, die Vortheile, welche ihm aus dem geduldigen Ertragen des unbequemen, wohl gar schadenstiftenden Zustandes erwuchsen, zu entziehen. Mit gesundem Rechtsgefühl bestimmt deshalb die Augsburger Willkür[176]):

> cap. LXXXI. Item uffan donrstag vor sant Matheus tag anno 1445 ist durch ainen raut erkennet worden als von der paum wegen die von ainem gartten uff den andern hangent, daz ain yeglicher seinen paum oder die estte daran die uff ainen andern hangent wohl abhowen mug, wenne er wölle so kein obs daran ist, ôn mengliches widersprechen.[177]) —

---

gedruckt bei Kraus, de iure in arbores vicini in nostrum prominentes aerem (Wittenberg, 1765) pg. 24]: „Dieweil aber Klägers Meinung, als ob ihm an denen auf sein Feld herüber gehangenen Aesten derer in Beklagtens Garten befindlichen Bäume das Eigenthum zustehe, er also selbige, nachdem sie Beklagter abgehauen, nebst denen daran gewachsenen Früchten zu vindiciren, oder, da sie nicht mehr vorhanden, die Erstattung des Werthes zu fordern berechtigt sey, nicht gegründet ist, indem wenn gleich nach der Absicht des Land-Rechts lib. 2 Art. 52 und Weichbilds Art. 125 et 126 und der diesfalls übereinstimmenden Meinung derer Rechts-Lehrer, einem Grundherrn, wenn die Aeste von seines Nachbars Baume herüber auf sein Grund-Stück hangen, selbige, soweit sie herüber hangen, abzuschneiden, ... nachgelassen ist, dennoch dem Nachbar als Eigenthümer des Baumes hierdurch die Freyheit, entweder den Baum selbst oder dessen Aeste nach Gefallen abzuhauen . . . . nicht benommen ist . . . . vielmehr derselbe, wenn er die Aeste so nach des Andern Grund-Stück überhangen abnimmt, der Vorschrift des Land-Rechts Art. 52 lib. 2 und Weichbilds Art. 126, nach welchen er seine Baumzweige nicht über den Zaun gehen noch hangen lassen soll, sich gemäss bezeiget . . . ." (vgl. Anm. 109 ff.), so erfolgt die Abweisung des Klägers. — Vgl. auch Hesse, Rechtsverh. zw. Grundstücksnachb. B. II S. 199 fg. (2. Aufl. S. 528 fg.).

[176]) Meyer, das Stadtbuch von Augsburg, insbesond. das Stadtrecht vom Jahre 1276 S. 162; — Brünner Schöffenbuch cap. 208: Quia si hoc contingat fructus eorundem ramorum cum vicino cuius hortum obumbrant dividantur, — vel per dominum arborum, si vicinus carere voluerit, praescindantur. — Vgl. auch Stobbe, a. a. O. B. II § 85 Anm. 23. — Im Gegensatz hierzu Leu, Eydgenössisch. Stadt- u. Land-Recht, S. 646, welcher sich wieder auf Krebs, tract. politico-juridicus de ligno et lapide (1700) p. I class. 3 sect. 2 § 11 stützt (vol. I pg. 73). — Für das neuere Recht, so das Pr. L. R., vgl. Gruchot, Beiträge B. VII S. 127.

[177]) Derselbe Gedanke liegt zweifellos der Bestimmung der Statuten von Heilbronn vom Jahre 1541 IX, 16 zu Grunde, derzufolge das Obst der über-

Digitized by Google

Eine andere Ansicht, deren Richtigkeit wir zu prüfen haben, ist die Eichhorn's.

Eichhorn folgert das Recht des Nachbars, die überhängenden Zweige eines fremden Baumes zu beschneiden, aus dem „ehedem gemeinrechtlichen Grundsatze des Eigenthums des Luftraums über dem Boden". Dieser Grundsatz hätte vor der Reception des römischen Rechtes die deutschrechtlichen Bestimmungen des Überhangs und Überfalls geschaffen, und hätte auch späterhin auf die Weiterentwickelung jener Sätze unter dem Einflusse des römischen Rechts eingewirkt.[178])

Ich glaube nicht, dass wir uns dieser Meinung Eichhorn's anschliessen dürfen; — sie fällt mit der Erkenntniss, dass das ältere deutsche Recht einen „ehedem gemeinrechtlichen Grundsatz" in der von Eichhorn behaupteten Fassung nie gekannt hat; überdies motivirt die Herrschaft des Grundeigenthümers über den Luftraum oberhalb des Bodens keineswegs, „dass überhängende Früchte vermöge des Eigenthums des Luftraums über dem Boden erworben werden", sondern begreift nur ein Beseitigungsrecht der überragenden Äste in sich.

---

hängenden Äste dem zugesprochen wird, auf dessen Grund die Äste reichen, der Baumeigenthümer aber „soll auch derselben äst keinen abhawen, er thu dann den baum gar ab bey peen zwey pfundt". Man wollte damit der Möglichkeit einer Chikane des Baumeigenthümers gegenüber seinem Nachbar vorbeugen; beseitigte Ersterer den ganzen Baum, so war der Gedanke einer absichtlichen Benachtheiligung des Nachbars so gut wie ausgeschlossen, da sich ja der Baumeigenthümer in diesem Falle selbst ein Opfer auferlegte. Diese Auslegung findet ihre Bestätigung in einer Stelle des Wertheimischen Stadtrechts von 1466, wo es heisst: „es soll auch keiner der also beum hat davon sein Anstosser Ueberhang haben, denselben Anstosser zu widerdriss die este, davon der Ueberhang zu nemen gebürt mit nichten abhawen, wo er aber je seinen Anstosser seinen Ueberhang nit gedeihen lassen, so mag er dieselb beum gantz abhawen (Mittermaier, Beitr. zum deutsch. Privatr. Landshut 1824 S. 23). — Vergleichsweise mache ich auf die coutume de Bergh Saint Vinoix art. 37 aufmerksam. Darnach muss der Eigenthümer eines Fruchtbaumes „couper les branches, qui pendent par dessus ou abandonner au profit de son voisin la moitié de tous les fruits qui pendent la ainsi par dessus au choix et à volonté de son voisin (Fournel, traité du voisinage t. I. pg. 149). In gleicher Weise in den Statuta Mechlinensium tit. XIV art. 42: „. . . daer af de ghebuere over wiens erve de boomen hangen de Keure heeft", und in dem Landrecht von Ruremunde: „. . . d'welk de Nabuer van beiden 't beste belieft (Trotz, jus agrar. foeder. Belgii t. II p. 449).

[178]) Eichhorn, Einleitung in das deutsch. Privatr. § 176: „Zu diesen (d. h. den Grundsätzen des deutsch. Rechts) gehört namentlich der ehedem gemeinrechtliche Grundsatz, dass überhängende Früchte vermöge des Eigenthums des Luftraums über dem Boden erworben werden und der Eigenthümer des letzteren jene, soweit sie in diesen eintreten, überhaupt nicht zu dulden braucht."

Digitized by Google

Die meiste Beachtung hat unter den über die Frage des Überhangs aufgestellten Meinungen von jeher die zuletzt und am ausführlichsten von Hillebrand verfochtene Ansicht, welche dem deutschen Rechtsgeiste in besonders hohem Maasse zu entsprechen schien, erfahren.[179]) Die Anfänge derselben liegen in der von Albrecht aufgestellten Theorie der Gewere, welcher Jahrzehnte lang einem Magneten gleich die einzelnen Theile des deutschen Rechts an sich zu ziehen und ihre harmonische Verbindung zu vermitteln schien.

Albrecht ist nur insofern nicht als Gewährsmann für die Ansicht Hillebrand's anzuführen, als er selbst erklärt, dass die Innehabung einer unbeweglichen Sache die Apprehension einer Mobilie, die in den Kreis der Gewere des Inhabers von Haus und Hof tritt ohne den Nachweis eines „rechtlichen Interesses“ nicht rechtfertigt, und dass das von ihm aufgestellte „Princip nicht ausreiche“, um die Erscheinungen des Überhangs und Überfalls zu erklären.[180])

Trotz dieser Einwendungen Albrechts gegen sich selbst, geht Hillebrand bei seiner Erklärung des Überhangs- und Überfallsrechtes von dem Gesichtspunkte der Gewere aus, und erörtert ein Mal, dass die überragenden Zweige, obgleich sie Theile des fest in der Erde wurzelnden Baumes seien, dennoch vom deutschen Rechte überhaupt nicht als Theile einer Immobilie, sondern als fahrende Habe angesehen worden wären, und sich deshalb recht wohl der Gewere des Inhabers der benachbarten Immobilie unterordneten.[181]) Der Beweis dieser Behauptung scheint mir von Hillebrand nicht erbracht worden zu sein, und ist auch für diesen seiner allgemeinen Fassung halber unrichtigen Satz nicht zu erbringen. Wollten wir aber auch die Richtigkeit dieses Ausgangspunktes Hillebrand's zugeben, so scheitert doch seine weitere Beweisführung an der Klippe, welche die von Albrecht ausdrücklich betonte Beschränkung des Grundsatzes von dem Herrschaftsrechte des Inhabers einer Immobilie bildet. Unmöglich konnte Hillebrand diese Frage, deren Erörterung und eventuelle Negirung m. E. den Ausgangspunkt seiner Doctrin bilden musste, umgehen.

---

179) Hillebrand, das deutsche Überhangs- und Überfallsrecht, in der Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft B. IX (1845) S. 310 fg.; — vgl. auch Phillips, Grundsätze des deutschen Privatrechts I S. 552; — Wolff, Deutsches Privatrecht I S. 219; — Diese Ansicht ist auch in die Praxis übergegangen, so in dem Urtheil des Kgl. Pr. Obertribunals vom 6. Febr. 1855. (Entsch. d. Kgl. Obertrib. Jahrg. 1855 [B. XXX] S. 433).

180) Albrecht, Gewere S. 20 und 21, Anm. 49.

181) Hillebrand a. a. O. S 319 a. E. — Vgl. Stobbe a. a. O. § 63 bei Anm. 10 ff., bes. Anm. 14 u. 21.

Digitized by Google

Er erörtert sie am Schlusse seines Aufsatzes, und bemüht sich, den Einwand, den man aus der Lehre Albrechts gegen ihn erheben könnte, zu beseitigen[182]), ohne sich bewusst zu werden, dass er mit der von ihm angewandten Beweisführung selbst sein künstlich aufgeführtes Gebäude zerstört. Hillebrand gesteht zu, dass, wenn die auf das Nachbargrundstück hinüberragenden Äste mit ihren Früchten im Eigenthume dessen stünden, dem der Baum gehört, ein fremder entgegenstehender Rechtsgrund vorhanden wäre, welcher den Grundstückseigenthümer hinderte, sich die in seiner Gewere befindliche fahrende Habe anzueignen. Dieser Satz wäre nun zwar nach römischem Rechte richtig, zweifelhaft sei es jedoch, ob man denselben auch für das deutsche Recht anzuerkennen habe, und da die Beweise für die Richtigkeit desselben von Runde, auf welchen sich Hillebrand bezieht, nicht hinreichend erbracht worden wären, so entscheide er sich für die Verneinung dieser Frage.[183]) Wenn aber so Hillebrand das Eigenthum des Baumeigenthümers an den auf das Nachbargrundstück ragenden Ästen leugnet, so schreibt er, — weil der Gedanke, dass dieselben res nullius seien,

---

[182]) Hillebrand a. a. O. S. 321 u.

[183]) Vgl. hierzu Stobbe a. a. O. II § 85 bes. Anm. 22 und Gerber, Privatrecht (14. Aufl.) § 91 bes. Anm. 8 (S. 246). — Bluntschli a. a. O. S. 215 (3. Aufl.) — Für die Anwendung der Grundsätze über die Gewere vergl. auch Gaupp, Kritische Zeitschrift für Rechtswissensch. B. III Heft 2 S. 254, welcher die Beseitigung des Überhangs auf die „Heiligkeit der were“ zurückführt und Phillips, Reichs- u. Rechtsgeschicht. § 37, IV. Aufl. S. 115 (siehe hierzu Grimm, Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft B. IV I. Heft S. 172, und Gaupp a. a. O. B. IV 2. Heft S. 497; vgl. auch Kayser a. a. O. S. 75). Übereinstimmend ist die Ansicht Mittermaier's, derzufolge das Überhangs- und Überfallsrechts als eine „theils aus nachbarlichen Verhältnissen, theils aus der Heiligkeit der were und der Gränze, theils aus der Ansicht, den Nachbar der durch den nahen Baum Schaden leidet, zu entschädigen, erklärbare, einst allgemeine Gewohnheit betrachtet werden darf“. Zu Mittermaier vgl. Maurenbrecher, deutsches Privatrecht S. 516. — Prosch, die Rechte der Nachbarn (1826) S. 57 ff. geht bei seinen Erklärungsversuchen auf die Gesammtbürgschaft zurück. Hiergegen Grimm, Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft B. IV, 1. Heft S. 174, Gaupp a. a. O. B. III S. 254 und IV 2. Heft S. 496, und Beseler a. a. O. § 87 sub IV. — Grimm selbst giebt weder in den Rechtsalterthümern, noch in seinem öfter citirten Aufsatze über den Überfall (Zeitschr. für geschichtliche Rechtswissensch. B. III S. 349 ff.) noch in seinen „Gegenbemerkungen“ gegen Gaupp in der Kritischen Zeitschrift B. IV 1. Heft S. 174 eine eigene Erklärung der in Frage stehenden Rechtsinstitute, ebenso begnügt sich Kayser a. a. O. S. 69 ff. mit einer Nebeneinanderstellung der verschiedenen Ansichten; letzterer übt jedoch insofern eine gewisse Kritik aus, als er S. 74 die Auffassung Hillebrand's auf das Entschiedenste bekämpft.

Digitized by Google

von vornherein ausgeschlossen ist, — das Eigenthumsrecht an denselben dem Eigenthümer des Nachbargutes zu und dieser könnte darnach, ohne dass wir der Herbeiziehung dieser Kette haltloser Hypothesen bedürften, die Beseitigung der überragenden Zweige auf Grund seines Eigenthumsrechtes vornehmen.

Hieraus erhellt zur Genüge die Unhaltbarkeit der Theorie Hillebrand's, es wäre deshalb kaum nothwendig, auch noch auf die anderen von ihm hervorgehobenen Punkte einzugehen, da überdies die gegen die Ansicht Beselers geltend gemachten Einwendungen auch Hillebrand's Ausführungen treffen. Nur darauf soll noch hingewiesen werden, dass Hillebrand durch die Grundauffassung, von welcher er ausgeht, gezwungen wird, die vollständige Beseitigung aller überhängenden Zweige als Regel[184]), dagegen die vielfachen Modificationen, denenzufolge der Nachbar nicht den ganzen Überhang sondern nur einen Theil dieser Äste beseitigen darf als spätere, wenn auch nicht unter römischem Einflusse entstandene Ausnahmen anzuerkennen. Hiergegen ist einzuwenden, dass es ein Mal, wie bereits oben bei Anm. 126 ff. ausgeführt wurde, zum mindesten zweifelhaft ist, ob das ältere deutsche Recht den Nachbar überhaupt berechtigte, alle überhängenden Äste des fremden Baumes zu beseitigen[185]), — auch Hillebrand erbringt hierfür keinen Beweis —, zweitens aber, dass die Annahme Hillebrand's, das ältere Rechtssystem sei das consequentere gewesen, und habe jede Ausnahme von dem Grundsatze der unbedingten Herrschaft des Grundeigenthümers über seinen Grund und Boden verworfen, während erst das spätere Recht Ausnahmen wie die der Begränzung in der Beseitigung des Überhangs geschaffen habe, nur geringe Wahrscheinlichkeit für sich hat. Als das natürlichere muss jedenfalls bei dem Mangel fester Grundsätze die Abschneidung nur der direct schadenstiftenden Zweige gelten, während ein über dieses Maass hinausgehendes Recht des Nachbars bereits auf eine an der Hand der Theorie fortschreitende Ausbildung und Bestimmung der Herrschaftsgränzen des Grundeigenthümers schliessen lässt.[186]) Überdies belehrt uns eine Betrachtung der Quellen, dass gerade diejenigen Rechtsaufzeichnungen, welche dem Nachbar bei der Be-

---

[184]) Ebenso die Aneignung aller Früchte der überhängenden Zweige.

[185]) Vgl. Stobbe a. a. O. II § 85 Anm. 21, und oben Anm. 126 und 131 ff.

[186]) So in den neueren Gesetzgebungen: vgl. unten Anm. 257.

Digitized by Google

seitigung des Überhangs die detailirtesten Maasse vorschreiben, soviele ursprüngliche Rechtsbestandtheile enthalten, dass daraus ein Schluss auf die Natur und das Alter der in ihnen enthaltenen Bestimmungen über den Überhang berechtigt erscheint.

Angesichts der Lückenhaftigkeit dieser theoretischen Erklärungsversuche ist man deshalb in neuerer Zeit zu der Überzeugung gelangt, dass sich eine Ableitung des Überhangsrechtes aus höheren Rechtsgrundsätzen nicht erbringen lässt, und steht darum auch mit Recht davon ab, in der Beantwortung dieser Frage zugleich eine Entscheidung von principieller Wichtigkeit zu suchen. Gleichwie das Motiv der XII Tafeln die Vermeidung eines Schadens für das Nachbargrundstück bildete, so wenden sich auch die Bestimmungen des deutschen Rechts gegen den schadenbringenden Überhang als Quasidelict gegen den angränzenden Grundstücksnachbar; von diesem Gesichtspunkte aus müssen wir die von den einzelnen Quellen ergriffenen Gegenmittel betrachten. Die äussere Verschiedenheit dieser in den Rechtsaufzeichnungen enthaltenen Gegenmittel, vor Allem die vielfach von einander abweichende Intensität derselben bei an sich gleicher Sachlage, findet ihre Erklärung in einer die Interessen beider Theile, — des Baumeigenthümers und des Nachbars, — abwägenden Billigkeit, und dem hiermit nothwendiger Weise verbundenen Wechsel der Ansichten darüber, welche von den dem Gesetzgeber zu Gebote stehenden Mitteln der Billigkeit am meisten entsprechend, und zugleich am zweckdienlichsten seien.

Eines besonderen Hinweises darauf, dass die Gränze des Grundstücks zugleich die Gränze für das seinem Eigenthümer bezüglich der überragenden Äste zustehende Beseitigungsrecht bildete, bedarf es wohl nicht. Es liegt auch kein logischer Widerspruch darin, dass man, solange es sich um einen Überhang handelte, welcher den Nachbar nicht benachtheiligte, in der überwiegenden Zahl der deutschen Rechtsquellen die Gränze des Grundstücks vollkommen ausser Acht zu lassen schien, während man sie doch, wie oben bemerkt, für die Erstreckung der Beschneidung der überragenden Äste als maassgebend auffasste. In dem ersten Falle begann eben nach der Auffassung des Ssp. und der mit ihm übereinstimmenden Rechtsaufzeichnungen die unzulässige, der Beschränkung bedürfende Ausdehnung des Gränzbaumes erst dann, wenn derselbe schadete, während die eigenmächtige durch den Nachbar vollzogene Beschneidung der überhängenden Äste, — abgesehen davon, dass mit der Beseitigung der überdachenden Zweige bis an die Marksteine der Schaden gehoben war, — stets einen Eingriff in die Integrität einer fremden Sache bildete, und deshalb nur soweit ausgedehnt werden durfte,

Digitized by Google

als die Herrschaftssphäre des durch den Überhang beeinträchtigten Grundstücksnachbars reichte.[187]) —

[187]) Das Bestreben der deutschen Rechtsquellen, von vornherein die Zahl der überhängenden Äste möglichst zu beschränken, und hierdurch zugleich dem Baumeigenthümer seinen Baum intact zu halten, geht aus den zahlreichen Bestimmungen, welche eine Entfernung für die Anpflanzung von der Gränzlinie des Grundstücks festsetzen, deutlich hervor. So vgl. Brünner Schöffenbuch cap. 208; — Statuten von Heilbronn vom Jahre 1541, IX tit. XVI: Item wer Baum auff sein aygen setzen will, der soll die zu allen enden zehen schuch auff das sein setzen u. s. w.; — Schweinfurter Statutarrecht bei Weber a. a. O. III. S. 665; — Augsburger Bauordnung von 1740 bei Weber a. a. O. IV S. 501; — Recht von Memmingen bei Weber IV S. 823; — Weisthum von Winhering (Bayern, 1594) § 13 bei Grimm, Weisth. VI S. 141; — Urtheil zum Sandwell (Westphalen, 1566—1585) § 19: und wofern jemand newe pottinge oder telgen thun wolte, soll so weith von des andern mannes grunde verpleiben als die schein von einem vollwachsenden eichenbaum zu st. Johannis mittsommer des morgens zu 8 uhren und den abend zu 6 uhr sich erstreckt (Grimm, Weisth. III S. 137); — Monzinger Gerichtsbrauch: soll auch keiner Bäum setzen in sein Güter, es sei wo es wolle bei drei viertel der Messruthen von andern, damit sein Nachbar neben ihme nit zu klag verursacht werde. (Senkenberg, I. 2 pg. 56). — Rügung und Landgebote des Landgerichts Anthering art. 47 (Salzb. Taid. S. 70 Z. 4 ff.). — Churer Stadt-Recht von 1549 bei Planta, Bündnerisches Civilgesetzbuch mit Erläuterungen, zu § 237 (S. 166); — Landbuch des Hofgerichtes Klosters (Statuten von Graubünden B. VII S. 89 und auch erwähnt bei Planta, a. a. O. S. 165 in der Anmerk.): „ . . kein Baum . . . den andern nächer denn techen wärschuh auf zihl und marchen nit setzen"; hier wird noch besonders betont, dass, wenn diese Bedingungen erfüllt seien, eine Abgabe an den Nachbar nicht geleistet zu werden brauche, weil in diesem Falle der Baumeigenthümer Alles gethan hat, um einem Schaden für den Nachbar vorzubeugen: — Statuten von Fürststenau und Ortenstein, bei Planta, a. a. O. S. 165 Anm. — Feld-Recht der Stadt Müllhausen, art. IX § 7: Wer junge Bäum auf seinem Guth setzen will soll sie von des Nachbars Guth wenn es Reben sind 12 Schuh und von Acker, Matten, Gärten oder Hanf Länder 10 Schuh weit von dem Scheid-Stein an gerechnet entfernen; — Baseler Gesetz v. 1770 art. VI (Rechtsquellen von Basel Stadt und Land I S. 1054). — Dieselben Bestimmungen bestehen für Hecken; so im Landrecht von Haunsberg (Salzb. Taid. S. 57 Z. 11 fg.); in der Rügung von Anthering art. 57 (Salzb. Taid. S. 71 Z. 25 ff.); im Ehehaft Taiding von Raschenberg (Salzb. Taid. S. 95 Z. 25); Weisthum von Winhering § 11 (Grimm, Weisth. VI S. 141). — Allgemein gültige Sätze bestehen über diesen Punkt nicht, es musste vielmehr, — dies gilt auch heute noch — die Frage, ob ein solcher Abstand einzuhalten war, auf Grund des jedesmal zur Anwendung kommenden Particularrechts beantwortet werden. Für das sächsische Recht vor der Emanation des „Bürgerlichen Gesetzbuches" vgl. von Langenn und Kori, Erörterung prakt. Rechtsfragen Th. II N. 23 S. 254; Kind, Sammlung auserlesener Rechtssprüche B. I N. 1; Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verwalt. n. F. B. II S. 277, B. XIX S. 95 fg.; Wochenblatt für merkwürd. Rechtsfälle n. F. B. VIII (1860) S. 173, und andrerseits auch

Digitized by Google

Es ist noch auf eine Quellenentscheidung hinzuweisen, welche mehrfach in der Literatur in unrichtiger Weise behandelt, und so-

---

Curtius, Handb. des sächs. Civilr. Th. II Abs. 1 § 612. — Die Verhältnisse im Grossherzogth. Sachsen-Weimar ordnet das Patent vom 15. Juni 1819 § 6, demzufolge Äpfel-, Birnen-, Süsskirschen- u. Nussbäume 20 Fuss, Pflaumenbäume u. a. 12 Fuss Abstand haben müssen, bei Abgränzung öffentlicher Wege nur 6 Fuss u. s. w. (vgl. hierzu: Völker, Handb. des grossherz. sächs. Privatrechts (1855) S. 325; Sachse, Handb. des grossh. sächs. Privatr. S. 465). — Für Baden und diejenigen Länder, in welchen der Code Napoléon Geltung besitzt vgl. Code civil. art. 670 u. 671 (hierzu: Behaghel, das badische bürgerl. Recht S. 329). — Hinsichtlich Braunschweig's: Wolfenbüttler Erkenntniss vom 9. März 1807. (Hesse a. a. O. B. II S. 261 u. 262, Anm. 1). — Frankfurt a. M.: Die Bestimmungen der Frankfurt. Reformation Th. IX tit. 5. (hierzu: Adlerflycht, das Privatr. der freien Stadt Frankfurt [1824] § 155. Souchay, Anmerk. zu d. Reform. der fr. St. Frankfurt B. II S. 1244 ff.) — Nassau: Feldfrevelordnung vom 19. Febr. 1863 § 29 u. 32 (Bertram, nassauisch. Privatr. S. 79). — Im Gebiete des früheren Churfürstenthums Hessen gelten die Bestimmungen der Bauordnung vom 9. Januar 1784 § 33: Wer Bäume gegen eine Wand setzen will, in welcher der Nachbar Lichter oder Fenster zu haben berechtigt ist, der soll drey, vier oder sechs Schuhe nach Befinden damit zurückweichen u. s. w. (Kopp, Handb. zur Kenntniss der Hessen-Cassel. Landesverfass. u. Rechte, B. I S. 474). — Die Verhältnisse im Grossherzogth. Hessen regelt das Gesetz vom 23. Januar 1861. (Massot, im Archiv für prakt. Rechtswissensch. n. F. B. VIII S. 281). — Ebenso enthält sowohl der Entwurf des hessischen Gesetzbuches (tit. III art. 80), als auch der Entwurf für ein bayrisches Civilgesetzbuch, letzterer in Th. III Hauptst. III art. 197 hier einschlagende Bestimmungen. Dahinzielende Anordnungen fehlen dagegen im Preussischen Landrecht (vgl. Kayser, bei Gruchot, XXI S. 77 bei Anm. 60) und im Bürgerlichen Gesetzb. f. d. Kgr. Sachsen. — Aus der Zahl der Schweizer Gesetzbücher vgl.: Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Schaffhausen § 525; Civilgesetzbuch für den Kanton Solothurn § 796; Bürgerliches Gesetzbuch für den Kanton Aargau § 489 (hochstämmige Bäume, welche nicht Obstbäume sind, sollen 20 Fuss Abstand von der Gränze besitzen, Obstbäume nur 10 Fuss); Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich § 583 (hierzu Bluntschli, B. II, Sachenrecht S. 98); Bürgerliches Gesetzbuch für den Kanton Glarus § 34; Bündnerisches Civilgesetzbuch § 237 (Ausgabe von Planta), darnach sollen Waldbäume, Zierbäume und Nussbäume in einer Entfernung von 18 Fuss, Obstbäume in einer solchen von 12 Fuss von der Gränze gepflanzt werden; — Vgl. auch die Gesetzbücher der sogen. französischen Schweiz: Lois civiles du canton de Fribourg art. 471 u. 472, Code rural du Canton de Vaud art. 45 ff., Code civil du Canton du Valais art. 515, Code Genevois art. 671. — Bemerkenswerth ist noch in Hinblick auf diese Bestimmungen, dass ein Theil der neueren Gesetzbücher dem Nachbar eine Frist vorschreiben, innerhalb deren er bei Nichteinhaltung des gesetzlich fixirten Abstandes durch den Baumeigenthümer Klage erheben muss und durch deren Ablauf er mit seinem diesbezüglichen Anspruche präcludirt wird. Vgl. die Gesetzbücher von

Digitized by Google

gar von Emminghaus[188]) zum Stützpunkt einer eigenen Bearbeitung des angeblich differirenden Rechtes des Überhangs bei Waldbäumen verwandt worden ist, — ich meine die Bestimmung des jütischen Low (B. I Art. 53 § 1):

> Möten sick unde stöten gegen einander des einen mannes holt unde des anderen mannes veldt thosamende, deme dat holt gehöret, dem gehöret ock so vele van dem velde alse de telgen aver hengen unde de wörtelen sick erstrecken[189]);

es betrifft dieselbe jedoch nicht die Frage des Überhangsrechtes in unserem Sinne, sondern die der Gränzbestimmung bei der Berührung

---

Solothurn § 797 (3 Jahre), Zürich § 584, Schaffhausen § 526 (5 Jahre), Glarus § 35 (5 Jahre); die lois civiles du Canton de Fribourg art. 472 und der Code rural du Canton de Vaud art. 45 ff. dehnen diese Frist auf 10 Jahre aus. — Vergleichsweise mache ich auf den Codice per lo Regno delle due Sicilie (V. Ausgabe, 1826) lib. II. tit. IV cap. II sez. 1, 592 aufmerksam: Non è permesso di piantar alberi di altro fusto se non alla distanza prescritta da' regolamenti particolari attualmente vigenti, o dalle usanze del paese costanti e ricevute, ed in mancanza degli uni et delle altre alla distanza di palmi sette e mezzo della linea di separazione di due fondi, per gli alberi di allo fusto e palmi due per gli altri alberi e siepi vive; hiermit stimmt sowohl der ältere Codice civile . . di Sardegna art. 603, als auch der gegenwärtig ausschliessliche Geltung für das Königreich Italien besitzende Codice civile del Regno d'Italia art 579 fg. überein. In gleicher Weise schliessen sich an den Code Napoléon hinsichtlich dieser Bestimmung De Nederlandsche Wetboeken und der Codicile Romane (rumänisches Gesetzbuch) art. 607 an. Im Unterschiede hierzu hebt der Codigo civil Portuguez in art. 2317 ausdrücklich hervor: „Será licita a plantãção de arvores ou arbustos a qualquer distancia da linha divisoria, que separar do predio vizinho aquelle em que a plantãção for feita." (Die Anpflanzung von Bäumen und Büschen kann in jeder Entfernung von der Gränzlinie desjenigen Grundstücks, auf welchem die Pflanzung vorgenommen werden soll, erfolgen).

[188]) Emminghaus, „Vom Wald-Baumüberhange nach deutschem Rechte insbesondere nach dem Rechte des Sachsenspiegels", Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung n. F. B. XIX (1860) S. 289—307. Emminghaus verficht die Ansicht, dass bei dem Aneinandergränzen von Feldern mit Waldgrundstücken der Eigenthümer der Ersteren die überhängenden Zweige nicht beseitigen dürfe. Ebenso Hartig, Forst- und Jagd-Staatsrecht S. 125 (ohne Angabe von Gründen).

[189]) Nach Blasius Eckenberger's Übersetzung aus dem Dänischen, in N. Falck, das jütische Low etc. (Altona, 1819) S. 29. — Emminghaus a. a. O. S. 301; — Hurtigkarl, Danske og Norske Ret, D. II, B. I S. 208 und Danske Low 5—10—20; — Grimm, Zeitschr. für gesch. Rechtswissensch. B. III S. 355.

Digitized by Google

von Wald- und Feldgrundstücken[190]), und da sich das Eigenthumsrecht des Waldeigenthümers nach dem jütischen Low auf den von den Zweigen seiner Bäume überdeckten Raum erstreckt, so kann auch selbstverständlich der Nachbar nicht die Wegnahme dieser Zweige fordern, weil es ja nicht sein Grund und Boden ist, dem die überhängenden Äste des an der Gränze wachsenden Baumes Nachtheil bringen.

Emminghaus giebt selbst die an letzter Stelle gedachte Schlussfolgerung zu, und legt das Hauptgewicht der Beweiskraft der ebencitirten Stelle auf die in derselben s. A. nach ausgedrückte Bevorzugung des Waldeigenthümers vor dem Feldeigenthümer. Wie aber ein Mal die kleine Anzahl der von Emminghaus zum Belege dieser Bevorzugung aufgeführten Quellenentscheidungen nicht im Stande ist, eine allgemein gültige Ausnahmestellung des Waldbaumüberhangs zu motiviren, so erbringen auch die übrigen von Emminghaus aufgeführten Punkte keinen Beweis für die Richtigkeit seiner Ansicht. Denn jedenfalls ist daraus, dass die Quellen nur von dem Abzweigen von Bäumen im Allgemeinen und im Falle einer ausführlicheren Darstellung nur von fruchttragenden Bäumen, nie aber ausdrücklich von einer Beschneidung überragender Waldbäume reden, nicht zu schliessen, dass die Letzteren von den Beschränkungen, welche alle anderen Bäume unterlagen, ausgenommen gewesen sind; eine besondere Hervorhebung der Obstbezieh. der im Garten gepflegten Bäume wurde zweifellos durch das gesteigerte Interesse, welches man an ihnen nahm, bedingt.[191])

---

[190]) Paulsen, Lehrbuch des Privatr. in den Herzogth. Holstein und Schleswig (2. Ausg.) § 56 Note 6; Falck, Handb. des Schlesw.-Hollstein. Privat-R. B. V Abth. I § 111 Note 26 S. 159 (Altona 1848), sowie Hillebrand a. a. O. S. 320.

[191]) Dass übrigens die älteren Quellen unter den „fruchtbar bäumen“ (Landf. v. Hattnegge, Landr. v. Bochum u. a.) nicht nur Äpfel-, Birnbäume u. dgl. verstanden, beweist u. a. die Stelle des Rietberger Landrechts: Wem die eicheln zugehören, so von des nachbarn baume, dessen zweyger auf des andern nachbarn grund hengen, fallen? (Grimm, Weisth. III S. 106 Nr. 35). Emminghaus legt diese Stelle auf sehr gezwungene Weise zu seinen Gunsten aus (a. a. O. S. 300). Zweifelhaft ist es, ob wir, wie dies Hesse, a. a. O. 2. Aufl. S. 525 thut, einen „directen Beweis“ für das Beseitigungsrecht des Waldbaumüberhangs in dem Wendhagener Bauernrechte (Recht der VII freien Hagen cap. 20): „Wann der dem der hage zugehöret nicht will abräumen, wie sichs gebührt, so soll der deme er zu nahe wächset, die barden dröge wetzen, und ziehen sie durch eine zipollen, und räume weg bis an den alten stamm“, erblicken sollen. Allerdings übersetzt Grimm. Rechtsalt. S. 525 Anm. *** „hag“ mit „Wald“,

Digitized by Google

Die ausdrückliche Aufführung fruchttragender Bäume empfahl sich in denjenigen Stellen, welche von dem Abschneiden der überhängenden Zweige sprachen, überdies deshalb, weil damit zugleich die Entscheidung der Frage des Fruchtüberfalls verbunden werden konnte. Ebensowenig ist m. E. den von dem Ssp. und von anderen Quellen gebrauchten Ausdrücken, welche davon sprechen, dass die Äste nicht „über den Zaun oder aus dem angrenzenden „boymgarten .... obir dez andern were" reichen sollen, eine Bestätigung dafür zu entnehmen, dass hinsichtlich der Beschneidung der Äste überhaupt nur einzelne auf cultivirtem Lande wachsende Bäume in Betracht kamen.[192])[192a]).

So ist das Resultat, zu welchem Emminghaus gelangt, wie er selbst einräumt, weniger ein positives, als im Grunde „mehr blos ein negatives", und wohl mehr die mühevolle principielle Durch-

m. E. ist jedoch in dieser Stelle nicht von einem Walde, sondern von einer lebenden „Hecke" (im Gegensatz zu den cap. 21 behandelten „zäunen") die Rede; vgl. cap. 19 derselb. Stelle (Grimm, Weisth. III S. 309).

[192]) Von den neueren Gesetzbüchern hebt das „Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Schaffhausen" in § 531 ausdrücklich hervor: „... Ebenso ist der Anstösser von Waldungen berechtigt, vom Waldeigenthümer die Kappung der überhängenden Aeste zu verlangen"; vgl. ferner: Lois civiles du canton de Fribourg art. 472, 3: „Celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres du voisin peut contraindre celui-ci à les couper à quinze pieds de hauteur du sol, et à vingt pieds si ce sont des arbres forestiers ..." — Eine Anzahl schweizer Quellen heben die Bestimmungen über die bei Anpflanzung von Bäumen einzuhaltenden Entfernungen sowie das Recht, vom Baumeigenthümer die Beseitigung des Überhangs verlangen zu können, für die Fälle auf, in denen das Nachbargrundstück (also dasjenige, über welches die jenseits der Gränze wurzelnden Bäume hängen) Waldboden oder überhaupt geringwerthiger Boden ist. Vgl. Privatrechtl. Gesetzb. für d. Kanton Zürich § 586 (Bluntschli, a. a. O. II S. 100); Bürgerl. Gesetzb. für den Kanton Glarus § 37; Privatr. Gesetzb. für den Kanton Schaffhausen § 528; Code rural du Canton de Vaud art. 55. — Rücksichtlich Frankreichs bestimmt die Anwendbarkeit des art. 672 des Code Napoléon (vgl. u. Anm. 278) auf Waldbäume das Gesetz vom 10. XII 1851 art. 110. Hierzu vgl. Duranton, cours de droit français B. V S. 431 No. 393; Laurent, principes de droit civil B. VIII No. 16.

[192a]) Für die Beschneidung des Überhangs von Waldbäumen sprechen sich aus: Friederich Adam Georg, instit. jur. forestal German. (Francof. ad Moen., 1802) § CLVIII pg. 114 und K. Friedrich Schenck, Handb. über Forstr. u. Forstpolizei (Gotha, 1825) § 131 Note a u. b; ebenso Hildebrand pg. 32. Gegen Emminghaus vgl. besonders Hesse, a. a. O. B. II S. 202 ff. (2. Aufl. S. 531 ff.) — Von Erkenntnissen vgl. das bei Eichhorn a. a. O. § 176 angeführte Erkenntniss der Göttinger Facultät.

führung einer vorgefassten irrthümlichen Ansicht, als der Nachweis eines wirklich vorhandenen Rechtssatzes.

---

§ 4. Das Überfallsrecht.

Im deutschen Rechte ist ein Auseinanderhalten der Grundsätze über den Überhang und derjenigen über den Überfall ungleich schwieriger als im römischen Rechte. Nicht nur deshalb, weil zahlreiche deutschrechtliche Quellen Überfall und Überhang äusserlich in ein und derselben Bestimmung verbinden, sondern vor Allem deshalb, weil beide Institute auch rücksichtlich ihres rechtlichen Gehaltes von den Quellen vielfach auf eine Stufe gestellt werden, und man deshalb leicht versucht ist, Überfall und Überhang in gemeinsamer Darstellung zu behandeln.[193]) Wie wenig jedoch dies zur Übersicht beiträgt, zeigt die Schrift Hillebrand's, in welcher die Normirung einer Gränze zwischen beiden Rechtsinstituten so gut wie unterlassen, und welche dadurch nur wenig geeignet ist, einen Einblick in die singulären Eigenthümlichkeiten beider Rechtsinstitute zu gewähren.

Am meisten empfiehlt sich noch die Subsumtion des vorhandenen Quellenmaterials unter zwei Hauptkategorien, deren jede sich wiederum in eine Anzahl Unterabtheilungen zerlegen lässt, und zwar bilden die erste Kategorie, wenn wir von der geringeren Beschränkung des Eigenthümers des Fruchtbaums ausgehen, diejenigen Entscheidungen, welche den Sinn des vielgebrauchten Rechtssprichworts[194])

„Was in des Nachbarn Hof fällt das ist sein",

---

[193]) An Literatur vgl. Grimm in der Zeitschr. für gesch. Rechtswissensch. III S. 349—357 und auch an den in Anm. 99 citirten Stellen: — Hillebrand, Zeitschr. für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft IX S. 310 ff.; — Kayser in Gruchot's Beiträgen B. XXI S. 69 ff.; — Von älteren Schriftstellern enthält Krebs, de ligno et lapide (1700) 201 I pag. 63 sequ., und Hildebrand (Munker) in seiner Dissertation „de fructibus in alienum praedium propendentibus" (1727) einige Angaben aus deutschen Quellen, jedoch kommt Letzterer über 5 Stellen, die er an verschiedenen Stellen wiederholt, nicht hinaus. — Betreffs des den Lehrbüchern zu entnehmenden Materials vgl. die in Anm. 99 Angeführten. Auch hier wieder ist auf das in Stobbe's Handbuch enthaltene reichhaltige Quellenmaterial hinzuweisen. — Über die particularrechtliche Literatur vgl. unten § 6.

[194]) Eisenhart, Grundsätze des deutschen Rechts in Sprüchwörtern, II. Ausg. 1823 S. 229. Graf und Dietherr deutsche Rechtssprüchwörter (II. Ausg.) S. 98.

Digitized by Google

wiedergeben. Die zweite Kategorie umfasst diejenigen Quellen, welche dem Grundstücksnachbar gestatten, nicht nur die Früchte welche vom Baume herübergefallen sind, aufzusammeln und sich zuzueignen, sondern dem Nachbar auch ein Anrecht an den noch an den überragenden Zweigen hängenden Früchten zusprechen.

Man hat erst spät begonnen, die Verschiedenheit dieser beiden Gesichtspunkte zu erkennen, und sich zu fragen, ob dieselbe nicht in einer differirenden Rechtsanschauung ihren Grund findet; in der älteren Literatur werden Citate beider Kategorien unvermittelt neben einander gestellt, und wird regelmässig nur auf den auf der Hand liegenden Unterschied zwischen dem deutschen und römischen Rechte aufmerksam gemacht.[195])

Zum Verständniss der rechtlichen Natur dieser verschiedenen Formen, in denen das Überfallsrecht im deutschen Rechte erscheint, müssen wir vorausschicken, dass die Früchte eines Baumes, solange sie noch nicht von demselben getrennt sind, dem Eigenthümer des Baumes gehören:

> Goerlitzer Landrecht XLVII § 4: Ein gepotit boum unde sin obiz die habin beide ein recht.[196])

Von einem Eigenthumsrechte des Nachbars an den überhängenden, noch an den Zweigen befindlichen Früchten könnte darnach ohne die gleichzeitige Construction eines Eigenthumsrechts an den Ästen selbst keine Rede sein.[197]) Dieses rechtliche Ver-

---

[195]) Streng genommen kann man bei der zweiten von uns aufgestellten Kategorie nicht von einem „Überfall der Früchte“ sprechen; es empfiehlt sich jedoch, um Verwechslungen mit dem Überhang der Zweige vorzubeugen, auch hier den Ausdruck „Überfallsrecht“ zur Anwendung zu bringen.

[196]) Homeyer, B. II, 2 S. 219. — Vgl. auch Blume des magdeburger Rechts: Dy bowme, dy in eins mans hoff stehen, dy sint seine, alzo ist auch dy Frucht seine bowme. (Böhlau, I 36). — Charakteristisch ist auch die Stelle im Feldrecht der Stadt Müllhausen art. IX § 11: Obschon ein Baum und dessen Früchte demjenigen zugehören, in dessen Grund und Boden er gewachsen, jedoch, wenn die Äste über eines andern Guth reichen, soll diesem von dem obst so auf seine Seiten fallet oder abgebrochen wird nach alter bisheriger Gewohnheit die Hälfte gebühren, was aber auf die Almende fallt, bleibt dessen eige, dem der Baum zugehört. (Hinsichtlich des letzten Punktes vgl. unten Anm. 231 u. 232.)

[197]) Vgl. Stobbe a. a. O. § 85 unter c. a. A. — Betreffs der Ausnahmebestimmungen einzelner Quellen bei fructus industriales verweise ich, unter Anschluss an die dort vertretene Ansicht, auf Stobbe a. a. O. § 152, bes Anm. 3 u. Stobbe, Beiträge S. 67 fg.; die — in einzelnen Rechtsaufzeichnungen ausdrücklich anerkannte — Mobiliarqualität nichtseparirter Früchte

Digitized by Google

hältniss der Früchte zum Baumeigenthümer ändert sich auch nicht dadurch, dass sich die Früchte von dem Baume trennen und auf das Nachbargrundstück zu liegen kommen. Vollkommen unrichtig ist es, sie in dem letzteren Falle als herrenlose Sachen zu betrachten, deren Occupation Jedem, in erster Linie dem Nachbar, auf dessen Grund und Boden sie sich befinden, zusteht, denn das Eigenthumsrecht an einem Gegenstande wird durch seine Lage, seine Entfernung vom Eigenthümer, der Einwirkungsmöglichkeit bezieh. -unmöglichkeit desselben auf diesen Gegenstand in keiner Weise beeinflusst.

Diese Erstreckung und ununterbrochene Fortdauer des Eigenthumsrechtes des Baumeigenthümers an den übergefallenen Früchten seines Baumes ohne Rücksicht darauf, dass Letztere seiner faktischen Herrschaft entzogen und in den Besitz eines Andern gelangt sind, kennt auch das deutsche Recht, denn warum rechnete sonst das Weisthum von Erlenbach Zuertheilung eines anries an den Nachbar geradezu unter die Abgaben, gleich den Zehnten[198]), und

(Stobbe, Handbuch § 79 Anm. 8) rechtfertigt nicht die Behauptung des Vorhandenseins eines Eigenthumsrechtes auf Seiten des Nutzungsberechtigten vor der Separation (Ausm. Preuss. L. R. I. 9 § 221). — Wenn der Baum auf dem gemeinsamen Reine, welcher beide Grundstücke scheidet, steht, hat jeder der beiden Nachbarn gleiches Recht an dem Baume, die Früchte stehen im Eigenthume Beider und werden zu gleichen Theilen getheilt. Vgl. Landrecht von Kessendorf (Salzb. Taid. S. 39 Z. 31 ff.); — Ehehaft Recht der Schranne Höchfeld: wo aber die paumb es seien gleich gepfelzt oder wild, geradt auf dem march stehen, mag jeder thail halbs obst zu sich nemmen. (Salzb. Taid S. 12 Z. 29 ff.); Rügung und Landgebote des Landgerichts Anthering art. 48, 3 (Salzb. Taid. S. 70 Z. 25 ff.); — Ehehaft Taiding von Raschenberg, Frage 12 (Salzb. Taid. S. 96 Z. 31 ff. und Grimm, Weisth. VI S. 155). — Weisthum von Winhering § 16 a. E.: „wo aber sach were, das ain solcher paumb miten in ainem march stuende, so sollen bede nachtbarn disen paum mit einander schitten und treulich tailen". Das Gesetz fügt noch hinzu: „wo es dann in ainem perg oder leuten wer, so hat ain ieder auf seinem grunt macht ain pröt oder anders furzesezen, denn es bleibt nit sonder lauft auf aines andern grunt abwerz (Grimm, Weisth. VI S. 142); Recht von Reichenau (Grimm, Weisth. III S. 684); Land u. Urbarrecht des Pfleg- u. Landgerichtes Hüttenstein cap. 22: fahls ain solcher fruchttragender paumb also situieret ist, daz er auch von eines andern grund oder erden saft und wachsthumb erhaltet, so haben beede auf gleiche thail die früchten. (Salzb. Taid. S. 175 Z. 1 ff.), vgl. hierüber oben bei Anm. 155. — Emminghaus, Pandekten des gem. sächs. R. S. 445 Nr. 26; Völker, Handb. des grossh. sächs. Privatrechts S. 325.

[198]) Weisthum von Erlenbach (am Züricher See; die vorliegende Aufzeichnung stammt aus dem Jahre 1510). Hier heisst es, um die Abgabenfreiheit der Hofgüter darzuthuen, sie seien so frei, dass sie keinen „anries" gäben:

Digitized by Google

gestattete deshalb den Eigenthümern der abgabenfreien Hofgüter, den Überfall auf dem Nachbargrundstücke zu sammeln? Oder warum, — dies ist in Folge der Häufigkeit der Belegstellen ein ungleich schwerer wiegender Grund, — gewährten sonst zahlreiche Quellen dem Nachbar nur einen Theil der übergefallenen Früchte, während sie den übrigen Theil dem Baumeigenthümer zusprechen?[199][200]

Dass man im deutschen Rechte dem Baumeigenthümer nicht, wie im römischen Rechte, gestattete, die übergefallenen Früchte seines Baumes in Ausübung seines Eigenthumsrechtes auf dem Nachbargrundstücke einzusammeln, ja, dass man sogar so weit ging, ihm den Fruchtgenuss der auf das Nachbargrundstück überhängenden Zweige seines Baumes völlig zu entziehen, beruht entsprechend den Grundsätzen über den Überhang nicht auf einem

---

„und were sach, das einer ein bös tach hette und ein nuszbom bj dem hus stuend vnd die nussen zuo dem für durch dz tach fielind, so sol einer in dz hus gan zuo dem für vnd sol die nussen vflesen vnd sol im dz nieman weren". (Grimm, Weisth. IV S. 336 § 26; Schauberg, Beitr. VIII 283 fg.) Hierzu auch Gierke, der Humor im deutschen Recht S. 24 und Rochholz, Aargauer Weisthümer (1876) S. 100 1. Anm.— Ähnlich, wenn auch aus anderen Motiven hervorgegangen, die Bestimmung des Landbuchs des Hofgerichtes Klosters: „so aber die Bäum gemelte zechen Schuh von Zil und Marchen standt unnd nüt destminder die Aest lützel oder viel ob oder auf eins andern Gut giengen, sollend die Frücht des der Baum auch ist seyn und gehören." (Vgl. unten Anm. 187).

[199]) Vgl. unten bei Anm. 215 ff. Betreffs des Überfalls auf die Almende vgl. unten bei Anm. 231 u. 232.

[200]) Der Nachbar musste bei Theilung der übergefallenen Früchte in der Regel dem Baumeigenthümer den ihm zukommenden Theil einhändigen, darauf deuten die Ausdrücke: der Nachbar soll „zwei thail zu dem stamen legen" (Ehehaft Recht der Schranne Höchfeld, Salzb. Taid. S. 12 Z. 23 ff.), „sollen die nachbarn den vberfall ... halb an den stock lieberen vnd widergeben", (Weisth. von Kenne, Grimm, Weisth. II S. 314) u. a. Seltner finden sich die Bestimmungen, in denen der Baumeigenthümer mit einer „lankwit" oder einer „ahrraute" auf das Nachbargrundstücke hinüberreichen darf (vgl. unten bei Anm. 248); von einem Abholen der Früchte durch den Baumeigenthümer spricht ausdrücklich die würtembergische Bauordnung von 1655 „von Rebstöcken, Bäumen und Überhängen § 5" (S. 75): Der Eigenthümer des Nachbargrundstücks ist verpflichtet, „das dritte Theil bey verzäunten oder gehägten Güttern wider zu erstatten oder an offenen Güttern wie von alters Herkommen, das dritte Theil ligen zu lassen". [Im Gegensatz hierzu vgl. Landrecht von Liebenau (Bayern) § 13: Es soll Keiner seine Äste auf das Nachbargut hängen lassen (mit paumen hinüberziglen), „wo ers aber thuet, so soll er sich kains fales auf des andern grund undorstên." Andrerseits steht ihm frei auf seinen Baum hinaufzusteigen „und sich des abprokkems zu unterwinden". (Vgl. u. Anm. 245.) Grimm, Weisth. VI S. 150.]

Digitized by Google

rein theoretisch zu begründenden Grundsatze, sondern auf der Recht schaffenden Billigkeit, welche ihren Ausdruck in dem sprichwortartigen Satze[201]):

> „Der den bösen tropfen geniesset, geniesset auch den guten“[202]),

oder, wie sich das Westerwolder Landrecht ausdrückt:

> „wer die onnutten hevet, die mach den nutten drup hebben in hoffgrunde“,

findet.[203]) Man wollte, wie es sich bereits in der oben bei Anm. 176 angeführten Stelle der Augsburger Willkür:

> „daz ain yeglicher seinen paum oder die estte daran die

---

[201]) Graf u. Dietherr, Rechtssprichwörter 85, 122.

[202]) Rietberger Landrecht (zwischen Paderborn, Münster und Lippe an der Ems § 95 (1697 — Grimm, Weisth. III S. 106). Übereinstimmend die Urtheile zum Sandwell (16. Jahrh.) § 3 a. E.: wandeweil er den quaden dropfen haben muess, soll er auch des gueten genieszen. Vorliegendes Rechtssprichwort passt auch in nicht übertragener Bedeutung, da vielfach der Tropfenfall, der vom Baum auf das Nachbarfeld herabfällt, durch übergrosse Feuchtigkeit das Wachsthum der Pflanzen hindern kann, während die überfallende Frucht als der „guete dropfen“ gilt.

[203]) Westerwolder Landrecht cap. 8 § 14 (Richthofen, friesische Rechtsquellen B. I S. 268). Derselbe Gedanke, nur nicht in der Fassung eines Rechtssprichwortes findet sich im Weisthum von Winhering (Bayern, 1594) II § 15: denn wes hat ainer darvon, so er ain ganz jar des paumbs ân geniesz schaden nemen mueszt, wie dann guetes wissen. (Grimm, Weisth. VI S. 142). Im Folgenden charakterisirt das Weisth. von Winhering den „bösen tropfen den der nachbar geniesset“: stet dergleichen paumb in ainem acker so wird das traid darunter wie sunst ain anders nit zeitig, ist es in ainer wisen, so wechst muesz darunter und heigt sich nit (es wächst „wirres Zeug“ darunter und keine hohen Halme), sondern man muesz es mit bemüchenung heraus bringen, des also nit ain claine beschwer und nit wol zu gedulten ist. — Vgl. hierzu Stobbe a. a. O. § 85 unter c.; — Falck, Handbuch des schleswig-holstein. Privatr. B. V, 1 S. 160 Anm. 27; — Bluntschli, Privatrechtl. Gesetzb. für den Kanton Zürich II S. 102; — Heusler, Institutionen des deutsch. Privatr. II S. 193. — Dies ist auch die Ansicht der älteren Doctrin gewesen: Melonius, Thes. Jur. lib. 43 tit. 5 (unten Anm. 223); Krebs, de ligno et lapide vol. I pg. 67 u. 68 und die daselbst Citirten. (Carpzow, B. III Const. 32 def. 25; Philipp, us. pract. instit. lib. II eclog. 13); — Hesse, a. a. O. B. II S. 200 (2. Aufl. S. 529). — Dieselbe Begründung noch in den Motiven für den Entwurf des hessischen Gesetzbuches, in denen es S. 118 heisst, „dass man dem Stammeigenthümer das Ansichziehen des Überhangs nicht verwehren wollte, im Übrigen die herabfallenden, aber nicht die hängenden Früchte als stillschweigend zugestandenen Entgelt für die vom Stammeigenthümer hängen gelassenen Zweige gedacht habe“. Vgl. unten Anm. 316b.

Digitized by Google

uff ainen andern hangent wohl alhowen mug, wenne er wölle so kain obs daran ist . . . . ."[204])

ausprägt, dem Nachbar, welcher den Überhang und die damit unvermeidlich verbundenen Nachtheile und Unannehmlichkeiten geduldig ertragen hatte, nicht den Vortheil entziehen, welcher durch die überhängenden Zweige geboten wurde, und sprach ihm deshalb ex lege den vollen oder wenigstens theilweisen Genuss der Früchte des Überhangs zu.[204a]) Dies ist m. E. der einzige eine Erklärung des deutschen Überfallsrechtes gewährende Gesichtspunkt; auch hier treffen die bereits bei Gelegenheit des Überhangsrechtes besprochenen, zugleich das Recht des Überfalls in sich begreifenden Theorieen Eichhorn's, Beseler's und Hillebrand's nicht zu.

Eines besonderen Hinweises bedarf ihrer Eigenartigkeit wegen die Ansicht Grimm's, welche in den Bestimmungen des deutschen Rechts über den Überfall die „Heiligung eines Zufalls" erblickt: „Die Vollziehung der dem einen oder andern Eigenthümer zugesprochenen Gunst wird vorher erst noch von dem Schicksal abhängig gemacht." [205])

---

[204]) Vgl. auch Brünner Schöffenbuch cap. 208: quia si hoc contingat fructus eorundem ramorum cum vicino, cuius hortum obumbrant, dividantur, vel per dominum arborum, si vicinus carere voluerit, praescindantur; und auch im „behmischen Recht u. s. w." (Ausg. von 1607) cap. XLI art. 25: Es were denn, dass der Nachbar sich mit dem Obst so von den ästen auff eine seite hangende abfiele, wolte besagen und begnügen lassen. — Sehr bezeichnend ist ferner die „Verbesserte Schützenordnung von Köln", welche dem Baumeigenthümer, der die Früchte der überhängenden Zweige abbricht und so den dem Nachbar zukommenden Überfall vereitelt, vorschreibt: derselbe „soll nicht desto weniger . . . . seinem Nachbaren, so den Ueberhang des Baums leiden muss, auch nach advenant und der Billigkeit gemäss Theil von den abgebrochenen Früchten zuschicken" (Vollständ. Sammel. deren die Verfass. des hohen Ertzstifts Cölln betreff. Statuten, B. II S. 397). —

[204a]) Einen ausserordentlich glücklichen Beleg für die im Texte vertretene Ansicht bietet cap. 98 des Stadtrodels von Maienfeld, 1505: „Beschluss von ops und bömen; Item zu beschluss diser ops und bömen artickel (a. a. O. cap. 93—97) ist abgeret, ob sach wurde sin, das villicht dem entschaid, so in der gittikeit von uns gestelt nit geläpt wurde, sonder mer uneinigkeit daruss entsprunge, es sig mit den bömen, so einandren thättind und sich ein tayl der früchten so im in sin gut fiele sich nit welte beniegen, sonder im me schaden brächte wan das anriss in nutzen möcht, und so fil das ärs vermaint den bom so des andren ist zestumpen, so sol är im fräfelich semlichs nit für nemen sonder das an ein wärch meister lassen langen", welcher dann die Sache im Beisein zweier Gemeindemitglieder beilegen soll (Zeitschr. für schweizer. R. n. F. B. V S. 169).

[205]) Grimm in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissenschaft B. III S. 350 ff.; — Selbstkritik Grimms in der Zeitschrift für krit. Rswissensch. B. IV S. 173;

Digitized by Google

Es scheint sich diese Auslegung insofern der Wahrheit zu nähern, als das deutsche Recht häufig da, wo es sich nicht berufen oder befähigt fühlte, eine bestimmte Entscheidung aus sich selbst zu geben, die Lösung des Knotens einer höheren verborgenen Macht überliess. Andrerseits ist jedoch die Ansicht Grimm's an diesem Punkte deshalb nicht zu verwerthen, weil sie uns nur über einen Theil unseres Rechtsinstitutes, — nämlich den ohne äussere Störungen erfolgenden Überfall — aufklärt, während sie in Allen andern Fällen, besonders wenn ein Eingreifen von Seiten des Baumeigenthümers oder gar des Nachbars gesetzlich gestattet wird versagt. Ebenso versagt sie, wenn die Quellen eine Theilung der Früchte zwischen den Gränznachbarn unter Angabe bestimmter Quoten festsetzen. —

Eine nähere Betrachtung der Quellen belehrt uns, dass sich dieselben am häufigsten in dem Sinne des von uns als erste Kategorie bezeichneten Sprichwortes: „Was in des Nachbars Hof fällt, das ist sein", aussprechen, nur ist es vielfach nicht der ganze Überfall[206]), den man dem Nachbar zuspricht, sondern man zwingt ihn entweder, mit dem Herrn des Baumes zu theilen, oder beschränkt

---

„Ich verdenke es Niemandem, wenn er diese Deutung seltsam findet". Zu dem Aufsatze Grimm's vgl. auch Gaupp, Kritische Zeitschr. B. III Heft 2 S. 254 fg. und Gaupp, a. a. O. B. IV S. 500. — Ein Beleg für die Ansicht Grimm's liesse sich in dem Zuchtbuch und Mannszuchtrodel von Pfeffers § 76 finden: „. . . gehört der vollige abfall deme in dessen wein- oder krautgarten oder dach die früchten fallen, doch sollen keine hurden auf den tacheren gemacht werden", weil sonst das durch Zufall erzeugte Theilungsverhältniss durch fremden Eingriff gestört werden würde. [Grimm, Weisth. VI S. 375]. — Auch Grimm giebt (Zeitschr. für krit. Rechtswissensch. III, S. 174) zu, dass ihm das Sprichwort „Wer den bösen Tropfen geniesst u. s. w." „bedeutend scheine".

[206]) Die Quellen bedienen sich zur Bezeichnung des Überfalls des Wortes „anries": „das einem über den Zaun auf seinen Grund fallende Obst, was an einem rîset — gerisen ist" (Grimm, Wörterbuch I S. 429). — Mehrfache weitergehende Definitionen des Wortes „anries" finden sich in den neueren Schweizer Gesetzbüchern, so in dem „Privatrechtlichen Gesetzbuch für den Kanton Schaffhausen" § 533: „Das Anries besteht in dem Rechte des Nachbars, die überhängenden Früchte zu gewinnen und die überfallenden zu behalten." Wörtlich übereinstimmend das „Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich" § 591. (Hierzu Bluntschli, II S. 103). — Strafe für die Entziehung des anries durch den Baumeigenthümer in der Öfnung zu Niederbüren (Grimm, Weisth. I S. 223), in der Öfnung zu Rorschach aus dem J. 1469 (Grimm, Weisth. I. S. 238), Öfnung zu Tablat (Grimm, I. S. 231), sämmtlich aus dem Gebiete von St. Gallen; vgl. auch Weisthum von Hefenhofen (1467) § 37 (Grimm, Weisth. V S. 129) und Hoftaiding an dem Gschaid von 1570 (Steir. u. kärnth. Taidinge S. 156 Z. 39 ff.).

Digitized by Google

ihn durch Vergünstigungen, die man dem Baumeigenthümer zu Theil werden liess.

Den ganzen Überfall gewährt dem Eigenthümer des Nachbargrundstücks die Glosse zum Sachsenspiegel in den Worten:

> Schottestu deyn abist, was yn deynen nackebures hoff vellit das bleibet seyn, —[207])

ein Satz, den die Glosse zum Weichbild wörtlich wiederholt.[208]) Es bedarf hierbei wohl kaum der besonderen Hervorhebung, dass in diesen Stellen nicht nur der Fall eines Schüttelns durch den Baumeigenthümer begriffen ist, und dass ebenso die anderweit herabfallenden Früchte in das Eigenthum des Nachbars übergingen.

Ebenso spricht sich sowohl das polnische Rechtsdenkmal cap. 19:[209])

> wo abir obes bowme obir den czwn in eynes andern garten wachzen, dez der garte ist, der mag des obesses nicht brechen noch schoten, waz aber nedir vellet, daz mag her wol lezen,

als auch eine grosse Reihe anderer Rechtsquellen wie die ältere clevische Rechtsquelle des 15. Jahrhunderts[210]), das Herrschaftsrecht von Elgg[211]), die Ordnung von Winzer-

---

[207]) Citirt nach der Baseler glossirten Ausgabe des Sachsenspiegels von 1474; Dieselbe Bemerkung findet sich in der Lübecker Handschrift des Sachsenspiegels vom J. 1427 und in der Berliner Handschrift vom J. 1466 (vgl. Homeyer in der Anm. zu Ssp. II, art. 52). — Die Glosse zum Ssp. sucht durch Scheingründe eine Vereinigung mit Dig. XLIII, 28 herbeizuführen, ohne dass sich jedoch ihr in den Ländern, in welchen der Ssp. Geltung erlangte, Theorie und Praxis anschlossen. (vgl. Beyer l. c.; Thomasius not. ad. Instit. pg. 146; Heineccius, Elem. iur. germ. Lib. II tit. III § 70; Kraus, de iure in arbores vicini etc. pg. 17). Ausführliche Besprechung der Glosse zum Ssp. II, 52 bei Schuster, in der allgemeinen oesterr. Gerichtszeitung B. XXXIV S. 49.

[208]) von Daniels u. v. Gruben a. a. O. Sp. 432 fg. Auch sie legt der Sspglosse gleich darauf Nachdruck: keine gewalt sal man abir thun ut ff. 50, 17 de regulis iuris L. 55, Nullus.

[209]) vgl. Volkmann a. a. O. S. 20.

[210]) vgl. Schröder, Mittheilungen über eine clevische Rechtsquelle des 15. Jahrh. (Zeitschr. für Rechtswissensch. B. IX S. 448) tit. 176 § 2. Im Wortlaut mit den Glossen zum Sachsenspiegel u. zum Weichbilde übereinstimmend. Ebenso kurz das Delbrücker Landrecht (zwischen Lippe und Ems entstanden) bei Grimm, Weisth. III S. 102 a. E.).

[211]) Herrschaftsrecht von Elgg (1535) 68, 2: Stat der heimsch nuss ald ops boum in einem wingarten oder in des Flecken Fridkreiss, oder in einem krutgarten, so nimpt ietlicher wass uff in valt und gibt dem stan (= Stamm)

Digitized by Google

hausen[212]), das Rietberger Landrecht[213]), die Frankfurter Reformation[214]) u. a. aus.

herren kein auriss nit wider (Bluntschli, u. a. O. S. 215 § 72 Anm. 3). Ähnlich das Zuchtbuch und Mannszuchtrodel von Pfeffers (St. Gallen, 1523 u. später) § 76. Letzteres setzt noch hinzu: doch sollen keine hurden auf den tacheren gemacht werden, damit der nachbaur (hier: der Baumeigenthümer) übervortheilt werde (Grimm, Weisth. VI S. 375). Leu, Eidgenössisches Stadt- und Land-Recht S. 645. Von Schweizer Quellen vgl. ferner das Unterwaldner Landbuch S. 3 (bei Prosch a. a. O. S. 63) und auch das Landbuch des Hofgerichtes Kloster (Sammlung sämmtl. Statutarrechte von Graubünden VII, 3 S. 89): „so soll alsdann die Frucht so auf eines Andern dem die Bäume zu nach seinen Gut oder Marchzihlen wärend und auf desselben fallen mag, wirklichen gehören". Abweichend wird im Folgenden bestimmt, dass wenn die Bäume in der gesetzlich festgesetzten Entfernung vom Nachbargrundstück angepflanzt seien, und dennoch die Äste über den Gränzzaun ragten; „sollend die Frücht des der Baum auch ist seyn und gehören: (Über eine eventuelle Abholung der Früchte wird nichts bemerkt). — Von Tiroler Quellen vgl. Hoftaiding an dem Gschaid (1570): Item wan ein obsbaumb in einem khag ader fridt stett und wen das obs abreist (d. h. abfällt) das soll ain jeder auf seinem teil wo es hin gfallen ist macht aufzuklauben haben und kainer dem andern sich ubergreifen. (Steir. u. kärnth. Taidinge S. 156 Z. 39 ff.). —

[212]) Winzerhauser Dorfordnung von 1593 § 53: Das hinfirther ain Jedes wahin es fält bleiben vnnd nichtz wider zum Stamen geben werden solle. (Reyscher, das gemeine u. württembergische Privatrecht § 285 (B. III S. 11) Anm. 8). — S. J. Kapff, de eo quod circa glandes justum est. Tub. 1775.

[213]) Rietberger Landrecht cap. 35: Wem die eicheln zugehören so von des nachbarn baume dessen zweyger auf des andern nachbarn grund hengen fallen? Der den bösen tropfen geniesset, geniesset auch den guten (Grimm, Weisth. III S. 106). Da sich diese Stelle ganz allgemein ausdrückt, so ist hier wohl an keine Theilung oder Beschränkung anderer Art zu denken. —

[214]) Frankfurter Reformation von 1578 Theil VIII tit. XIII § 2: Was sonst von des Baums Esten so uber dess Nachbarn Gut hangen von Obs wächsst vnd auff desselben Grundt abfellt, soll desselben Nachbars seyn vnd bleyben. (Genaueres über die Frankfurter Reformation vgl. unten Anm. 321 fg.); die Wormser Reformation von 1498 enthält keine diesbezügliche Bestimmung, vielleicht ist aber aus B. VI, 1 tit. 20 zu schliessen, dass auch sie dem Nachbar den Überfall zugesprochen wissen wollte.

Nach Analogie dieser Stellen wird auch bei dem Umstürzen des an der Gränze wachsenden Baumes selbst, derjenige Theil des Stammes und der Äste welcher auf das angränzende Grundstück zu liegen kommt, dem Eigenthümer des Letzteren zugesprochen; so in dem Weisthum von Altenthan (Salzb. Taid. S. 23 Z. 14 ff.); — Weisthum von Kessendorf: es soll auch kainer kainen baum, den er abschlagen wolte ansailen und auf seinen grund ziechen, sonder er soll denselben, wo ain ander auch ain fahl darzue hete, frei unangesailt fallen lassen, alsdann soll es damit gehalten werden wie mit den fruchten. (Salzb. Taid. S. 39 Z. 35 ff.; die Früchte werden getheilt); —

Digitized by Google

Häufig aber macht man die Gewährung des ganzen Überfalls von dem Vorhandensein bestimmter Voraussetzungen abhängig, indem man zwischen „wilden" und „zcamen" Bäumen scheidet, und nur bei den ersteren dem Grundstücksnachbar den ganzen Überfall zuspricht, während man bei den Letzteren eine Theilung der übergefallenen Früchte zwischen dem Eigenthümer des Baumes und dem des Grund und Bodens, auf welchen dieselben zu liegen gekommen sind, eintreten lässt.

Diese Theilung kann an sich denkbar verschiedener Art sein, in der Verbindung mit dem Gegensatz von „zcamen" und „wilden" Bäumen aber überwiegen diejenigen Quellen, welche eine Halbirung des Überfalls zwischen dem Nachbar und Baumeigenthümer anordnen. Hierher gehören das Weisthum zu Herrnbreitingen[215]), das Ehehaftrecht von Wilzhut[216]) die salzburgischen Weisthümer von Haunsberg, Wartenfels[217]), Unterlebenau[218]) u. a.

Landrecht des Pfleggerichts Wartenfels (Salzb. Taid. S. 159 Z. 41 ff.); — Steir. Taid. S. 357 Z. 1 ff.; — Delbrücker Landrecht (Grimm, Weisth. III S. 102 u.); — Der sieben freien Hagen Recht Art. 24 (Grimm III S. 310); Ausn. im Land- u. Urbarrecht des Pfleg- u. Landgerichtes Hüttenstein Art. 22: wo entgegen bei umbhakung deren (sc. der Gränzbäume) der stamb deme gehörig ist, in dessen grund der meiste theil hiervon fahlet. (Salzb. Taid. S. 175 Z. 6 ff.). — In den Particularrechten der Gegenwart ist diese Bestimmung verschwunden; vgl. Pr. L. R. I, 9 § 293: „Der Baum selbst aber, welcher durch Sturmwind ganz oder zum Theil auf den Grund des Andern geworfen worden, verbleibt dem vorigen Eigenthümer." (Dernburg, Preuss. Privatr. I § 220 Anm. 14). Ausnahme: im Rechte des früheren Churfürstenthums Hessen: vgl. Kopp, Handbuch zur Kenntniss des Hessen-Casselischen Landesverfassung und Rechte S. 465 (Th. I).

[215]) Weisthum von Herrenbreitingen an der Werra b. Schmalkalden (Fränkisches Weisthum von 1506): wo paum uff einen felde sten was dan uff einen iden felt, das sall im folgen; wo sie aber in garten stehen, was alsdan auff den anderen fellet, mag er des obs mit willn des andern nit behalten, so sol er es dem andern dem stamme noch halb wiedder geben. (Grimm, Weisth. III S. 591 u. Rechtsalterth. S. 551.) — Hillebrand a. a. O. S. 313.

[216]) Ehehaftrecht von Wilzhut cap. 11 (Oesterreich. Weisth.): Nachdem davon die Rede gewesen, dass der Überfall getheilt werden solle, fährt das Gesetz fort „all ander opst oder sunst fruchtbar pämmen, so nicht gepelzt, soll ainem der überhanng ganz bleiben. (Grimm, III S. 682).

[217]) Landrecht oder ehehaft Taiding des Landgerichtes Haunsberg (Salzb. Weisth. S. 57 Z. 22 ff.): was aber herab felt gepfelzt obst mag der aufklauben des der grund ist, doch dass er halben tail wider zu dem stam gebe, aber wild obst und aichel klaubt der auf des der grund ist, darauf es felt und ist nichts schuldig hinwider ze geben; — Landrecht des Pfleggerichts Wartenfels (Salzb. Taiding S. 160 Z. 27 ff.). —

[218]) Ehehaft thäding des hochfürstl. Salzburg. pfleggerichts

Digitized by Google

Auch dieses Resultat wird wiederum durch das Billigkeitsgefühl herbeigeführt, denn es kann wohl nicht zweifelhaft sein, dass die Rechtsverhältnisse an dem Baume und seinen Früchten sich nicht dadurch ändern, dass man in einem Falle den Baum im Garten pflegt, während man ihn im andern Falle auf dem Felde ohne Pflege wachsen lässt. In beiden Fällen ist auch nach deutschem Rechte der Eigenthümer des Baumes Eigenthümer der Früchte desselben; ebenso wie in beiden Fällen der Satz „der den bösen tropfen geniesset, geniesset auch den guten“ zur Anwendung kam. Nur verglich man bei denjenigen Bäumen, auf deren Gedeihen der Eigenthümer Arbeit und Mühe verwendet hatte, das Interesse des Baumeigenthümers mit dem des Nachbarn, und nahm deshalb eine Theilung der übergefallenen Früchte vor.

Seltener ist bereits, wie gedacht, bei der Trennung von gepflegten und nicht gepflegten Bäumen eine Theilung nach Dritteln. Aus den mitteldeutschen Quellen kann kein Zeugniss hierfür beigebracht werden, denn das Weisthum von Winhering (Bayern 1594), bei dem man geneigt sein könnte, in Folge der Anfangsworte des § 16 „die schmerbaum und wild obst anlangent“ eine Gegenüberstellung von „zcamen“ und „wilden“ Bäumen zu vermuthen, enthält, wie unten bei Anm. 226 gezeigt wird, keinen derartigen Unterschied. Anders ist es in den tiroler Quellen. Hier betonen mehrere salzburgische Taidinge die Theilung nach Dritteln, ohne dass es jedoch unter ihnen zu einer vollen Übereinstimmung kommt, vielmehr unterscheiden sie sich von einander in der detailirten Ausführung, mit der sie die Frage der Theilung behandeln: denn während das Ehehaft Recht der Schranne Höchfeld[219]) bei „gepfelzten paumb früchten“ zwei Drittel zum Stamm, und ein Drittel dem Nachbar, bei „nit gepfelzten obst“ aber ein Drittel

---

Unterlebenau (Salzb. Taiding S. 83 Z. 30 fg.): des fahls halber ist es vor alter also gehalten worden und unsere landsrecht: was ainem von wilden obs auf sein grund felt, aichel, wildöpfel oder piern, des mag er sich aignen, nüzen und brauchen, was aber haimisch oder pfelzt obst ist, gehört halbs zum stamb; vgl. auch die Bestimmung des Landrechts Liebenau bei Grimm, Weisth. VI S. 150 (in der neuen Ausgabe der Salzburg. Taidinge: Ehehaft thäding des Pfleggerichts Oberlebenau S. 78 Z. 16 fg.). — Art. 4 der Protocolle der Letter Mark erinnert in seiner Fassung an die mancherlei ausweichenden Urtheile von Schöffenstühlen; die Frage wie es zu halten sei „oft ein boem stonde up eyns mans stucke in enen tune, und dar eyn overfall wer up eyns anderen mans stucke oft lande“ wird nicht beantwortet.

[219]) Im Matagau; entstammt dem Jahre 1637. vgl. Salzburger Taidinge S. 12 Z. 23 ff.

Digitized by Google

zum Stamm und zwei Drittel dem Nachbar zuertheilt, gewähren die Landgebote des Landgerichtes Anthering[220]) dem Baumeigenthümer bei einem „pfelzpaumb“ ebenso wie bei „wilds obst“ nur ein Drittel; es ist jedoch nicht zu übersehen, dass im ersteren Falle dem Baumeigenthümer gestattet wird „mit laitern im paumb als vill er gewingen mag“ abzupflücken. Nach dem „ehehaft Taiding des Landgerichts Golling“[220a]) endlich giebt der Nachbar, welcher den Überfall erlangt, von dem Obst gepflegter Bäume zwei Drittel zum Stamme, bei wildem Obste dagegen ist er befugt, den vollen Überfall zu behalten.

Da eine Entscheidung darüber, welche Bäume als „zcahme“ und welche als „wilde“ zu betrachten waren, nicht immer leicht sein mochte, so unterlassen zahlreiche Quellen ähnlich der Ordnung des Flecken Winzerhausen § 52, welche ausdrücklich um der Vermeidung von „zanckh vnd vnainigkeit“ willen beide Baumsorten auf dieselbe Stufe stellte[221]), einen derartigen Unterschied, und theilen in beiden Fällen nach Hälften, bezieh. nach Dritteln. Ein Theil dieser Rechtsaufzeichnungen, so das Weisthum von Kenne, sowie das Landrecht des Pflegegerichts Altenthan, das Landrecht von Kessendorf u. a.[222]) heben es be-

[220]) Salzb. Taid. S. 70 Art. 48 (Z. 13 fg.); vgl. auch Landesrügung von Glaneck Art. 31 (Salzb. Taid. S. 16 Z. 9 ff. (citirt unten bei Anm. 226).

[220a]) „würd es geschütt sollen die zween thail zu dem stamb und der ain thail zu dem grund, darauf es felt gehören; ist es aber wildes obst, wohin das felt, dem bleibts.“

[221]) Reyscher, das gemeine u. württemberg. Privatrecht B. III § 285 (S. 11) Anm. 8; [citirt bei Anm. 212]. — Es mochte diese Frage nach der Natur der Fruchtbäume eine vielfach umstrittene sein, die auch in anderer Beziehung, so bei der Berechnung des Zehnten, praktische Bedeutung gewann. (Vgl. das badische Weisthum von Weitnau (1344) bei Grimm, Weisth. I S. 313).

[222]) Die Nachträge zu dem Weisthum von Kenne (im Moselthale, 1493) bestimmen betreffs der Kirchengüter: das alle die baume so uff den rodtbuschen vnd seelgueter wachsen vnd stehen vber dern nachbaren erbschafft hencken, was fruechte dieselbige jars tragen, sollen die nachparn den vberfall dem ehrw. hern abt gleich halb an den stock lieberen vnd widergeben.“ Andrerseits sollen aber auch die Diener des Abtes „den armen nachparen von den baumen, so vff die rodbusch hangen den vberfall an den stammen vnd stock halb widerumb geben vnd liebern.“ (Grimm, Weisth. II S. 314); — Landrecht des Pflegegerichts Altenthan (Salzb. Taid. S. 23 Z. 6); Landrecht von Kessendorf (Salzb. Taid. S. 39 Z. 28 ff.). — Landrecht des Gerichts Raschenberg: doch das er (der Nachbar) den driten an sollichem erklaubten obst deme wider zum stamb lege, dössen der pömb ist. (Grimm, Weisth. VI S. 155); Landes-

sonders hervor, dass alle übergefallenen Früchte, „welcherlei frucht das währ" getheilt werden sollten; bei andern ergiebt sich die Gleichstellung aus der allgemeinen Fassung des Ausdrucks[223]), während es bei einer dritten Kategorie, welche im Übrigen mit den ebengenannten Quellen übereinstimmt, zweifelhaft sein kann, ob wir auf die Bemerkung, dass der Baum in einem „hofe" steht, Nachdruck legen, und hieraus auf die Natur desselben schliessen sollen.[224]) Die Art

rügung von Glaneck art. 31 (Salzb. Taid. S. 116 Z. 9 ff.) — Von Schweizer Quellen vgl. Usser Rod. Land-Buch art. 112 bei Leu, Eydgenössisches Stadt- und Land-Recht, S. 646. — Vgl. auch Breidenbacher Landsbrauch (v. d. Nahmer, Handb. des rhein. Particularr. II S. 890).

[223]) Landrecht der sieben Freien Art. 34 (übereinstimmend mit dem Landrecht von Bochum in Weddigen's neuem Mag. B. II S. 205—212): Item der fruchtbare baume over eines andern grund hangen, die fruchte, so op den grund fallen, sollen sie gleich deilen. (Grimm, Weisth. III S. 69.) — Frankenhäuser Statuten vom J. 1558 cap. 40. Walch, Beiträge I S. 348); — Breidenbacher Landsbrauch vom J. 1631 (bei von der Nahmer, Handb. des rheinischen Particularrechts II S. 890). — Pettenbacher Bergrecht (niederöst. Weisth. B. I S. 325 Z. 32 ff.). — Vgl. auch das von Grimm, Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. mitgetheilte ancienne coutume de Chalons art. 116 und Melonius, Thes. Jur. lib. XLIII tit. 5, der es für „sehr landgebräuchlich" erklärt, dass eine Theilung der Früchte stattfinde, damit sich der andere Theil nicht eines Schadens zu beklagen habe" (Hildebrand, l. c.); bestätigt wird dies durch Hopp, ad § 31 I de R. D. in usu modern. tit. Dig. de gland. leg. In den älteren Rechten der Normandie schwankt nach Basnage (bei Guyot, répert. univers. et raisonné de jurispr. B. I S. 563 unter „arbre") der Gebrauch: arrêt vom 22. März 1629 und vom 2. Aug. 1669. — Eine Theilung der Früchte findet sich in gleicher Weise in dem Fuero viejo de Castiela lib. V tit. 3 § 12: „Si un ome a arboles en viña o en guerta o en otra eredat e los arboles crecen tanto, que las ramas pasan a otra eredat agena, si el dueño de la eredat quisier tomar la meitat de la fruta, que sagudier e en la su eredat cayer, puede tomar la meitat de la fruta, que en sua eredat cayer" (Wenn Jemand Bäume in einem Weinberg oder Garten oder auf einem andern Grundstück hat, und die Bäume dermassen wachsen, dass die Äste auf einen andern, fremden Grund reichen, und der Herr dieses Grundes die Hälfte der Früchte nehmen will, welche ihm folgt und auf seinen Grund niederfällt, so kann er die Hälfte der Früchte nehmen, die auf seinen Grund fällt); vgl. hierzu Grimm, in der Zeitschr. für gesch. Rechtswissensch. B. III S. 352.

[224]) So das Vestenrecht von Schwelm (Westphalen — Grafschaft Mark) II. Th. a. E.: Item dair fruchte baume stan in eines mannes have (Hofe), und die früchte fallen up eines andern gut, die sollen si to sammen deilen. (Grimm, Weisth. III, S. 29). Übereinstimmend die Landfeste von Hattnegge (Westpfahlen) Art. 68 (Grimm, Weisth. III S. 47). Vgl. auch die Bestimmung des hessischen Kreises Blankenstein bei Krebs, l. c. vol. I pg. 70. — In dem Recht von Reichenau steht der Baum, dessen Früchte getheilt werden sollen als „marchpaumb" im Miteigenthum der beiden Nachbarn, daher die Theilung nach Hälften. (Grimm, Weisth. III S. 684.)

Digitized by Google

und Weise der Theilung selbst anlangend, so theilen die soeben namhaft gemachten Entscheidungen nach Hälften[225]), andere wieder, welche nach Dritteln scheiden, bevorzugen ohne Einhaltung einer Regel und ohne Angabe eines Grundes bald den Baumeigenthümer, bald den Nachbar, und gewähren, wie das Weisthum von Winhering oder das Landrecht des Gerichts Raschenberg[226]) entweder dem, auf dessen Grund die Früchte zu liegen kommen, zwei Drittel des übergefallenen Obstes, oder sprechen, wie das Recht von Reichenau oder das Weisthum von Kolsass[227])

---

[225]) Vergleichsweise mache ich auf die ancienne coutume de Chalons art. 116 aufmerksam: ceux qui ont heritage joignant un arbre sur lequel heritage les fruicts de l'arbre ont partie d'iceux cheoit en ce cas celuy, a qui est l'heritage prend moitie de la cheoite (mitgetheilt von Grimm in der Zeitschr. für geschichtliche Rechtswissenschaft B. III S. 352; siehe auch die Bemerkung in der Anm. 6 a. a. O.), sowie auch die coutume de Bassigny bei Fournel, traité du voisinage tome I pg. 150 aufmerksam. Angeführt mit erläuternden Bemerkungen bei Merlin, répertoire universel et raisonné B. I unter „arbre" Nr. VIII (Guoyt, B. I S. 562). Andere Stellen aus älteren französischen Quellen sind angeführt Anm. 223 und Anm. 254.

[226]) Landrecht des Gerichts Raschenberg (zwischen Salzburg und Traunstein; 1671) § 12: wasz aber alsdann am schitten und klauben auf des andern grund fält, das mag der des der grund ist aufklauben, doch das er den driten an sollichem erklaubten obst deme wider zum stamb lege, dössen der pömb ist. (Grimm, Weisth. VI S. 155.) Übereinstimmend die Landesrügung von Glaneck Art. 31: „da soll im sein nachtbar den driten thail zu dem stam schiten ist von alter herkommen". Es ist aber auch hier wie bei den Landgeboten von Anthering (Anm. 242) darauf aufmerksam zu machen, dass sich der Baumeigenthümer durch Abpflücken seinen Theil vorweg nehmen darf (Salzb. Taid. S. 116 Z. 9 ff.) — Dieselbe Theilung im Weisthum von Winhering (Oberbayern, 1594) § 14. Auch hier erfolgt eine ausdrückliche Gleichstellung von gepflegtem und wildem Obste: „wo ainer in ainem e- oder panzaun gepelzt oder anderes obst hat" etc. Grimm, Weisth. VI S. 141). Ebenso das Landtaiding des Pflegegerichts Taxenbach art. 25 (Salzb. Taid. S. 275 Z. 14 ff.). Vgl. auch das Weisthum von Steinmark (Franken, 1566) § 4 a.: soll als dan der dritte theil des uberhangs alwegen zum stam gehoren und gegeben werden (Grimm, Weisth. VI S. 80); — Würtembergische Bauordnung von 1655 [hierzu Reyscher, das gem. und württemb. Privatr. § 285 (B. III S. 10), und Weishaar, Handb. des würtemb. Privatr. B. II § 527 unter Nr. 4].

[227]) Recht von Reichenau (erneuert 1495; oesterr. Weisthum): ob aber der stamb stünd auf eines selbstgrund, der hiet die zwai tail zu dem stamb, so hiet der ander den dritten (Grimm, Weisth. III S. 684); — Weisthum von Kolsass (Tiroler Weisth. B. I S. 184 Z. 28 ff.) — Bergtaiding zu Froschdorf [Niederöst. Weisth. B. I. S. 94 Z. 7 ff.]. — Vergleichsweise verweise ich auf die coutume de Sedan: Des fruits des branches étendues audit jardin, celui qui nourrit l'arbre en prend les deux tiers, et le

Digitized by Google

zwei Drittel des Überfalls dem Baumeigenthümer und nur ein Drittel desselben dem Nachbar zu.

Neben der an erster Stelle aufgeführten Unterscheidung zwischen gepflegten und wilden Fruchtbäumen zieht man zum Zwecke der Entscheidung darüber, wem der beiden Nachbarn der Überfall zuzusprechen ist, auch den Gesichtspunkt in Betracht, welcher der beiden angränzenden Grundstücksbesitzer die Herstellung des Gränzzaunes bewirkt hat. So enthält das Benker Heidenrecht cap. 19 den Satz:

> der allene thunet, sall ock allene lesen dar die boeme overhangen thut.[228])

Auch hier zeigt sich der Gedanke der Entschädigung, den man in der Gewährung des Überfalls an den Nachbar erblickte. Zäunte der Baumeigenthümer allein, so kam der Zaun nur auf seinen Grund und Boden zu stehen. Er verlor demnach so viel Landes, als der Nachbar bei gemeinsam angelegten Zaune hätte hingeben müssen, sodass es unangemessen erschien, dem Nachbar noch einen weiteren Vortheil durch Zuertheilung einer Quote des Überfalls zu gewähren. Trotz des allgemein gefassten Ausdrucks im Benker Heidenrecht, mochte man bei dieser Bestimmung überhaupt nur an den Baumeigenthümer denken, zumal er vielleicht zur Vermehrung des Haltbarkeit des Zaunes Bäume in den Zaun hinein pflanzte, welche er unter andern Umständen weiter zurückgerückt, und sich so deren Früchte gesichert hätte. Dies geht auch aus andern das Recht des Zäunenden allerdings weniger weit erstreckenden Quellen, wie dem Urtheil zum Sandwell § 3 und dem Weisthum von Winhering[229]), hervor. Zugleich bestätigen die letztgenannten Auf-

---

seigneur dudit jardin voisin l'autre tiers. (Fournel, traité du voisinage B. I S. 150).

[228]) Grimm, Weisth. III S. 42; vgl. auch cap. 18 desselben Weisthums: Item dar twee te hope thunen, sollen ock te hope lesen.

[229]) Urtheil zum Sandwell (Westphalen (1566—1585) § 3: Da zwey bey einander land liggende haben und der einer zeunet, auch beim zaune eichenbäume stehen, und die zwiger von den bäumen auf des anderen mannes land überhangen, soll derjenig dem der zaun und bäume zukommen den überfall mit den eicheln zu lesen drey fuess buten zaunes verfolgen und weither nicht; was aber der überfall sich weithers verstreckt, soll derjenig dem das land zukombt, behalten. (Grimm, Weisth. III S. 133.) Ähnlich das bayersche Weisthum von Winhering (1584) § 16; obgleich dasselbe nur theilweise hierher zu rechnen ist, insofern er nur davon spricht, dass der Baumeigenthümer „muesz auch mit zeinen helfen", so gewährt es doch in Übereinstimmung mit den ebencitirten Quellenstellen dem Baumeigenthümer eben des-

Digitized by Google

zeichnungen unsere Vermuthung, dass man eine Entschädigung für den verlorenen Grund und Boden gewähren wollte, denn das Urtheil zum Sandwell § 3 giebt dem Eigenthümer des Baumes und des Zaunes das Recht:

> den überfall mit den eicheln zu lesen drey fuess buten zaunes verfolgen und weither nicht.

Eine gesonderte Stellung nahmen diejenigen Quellen ein, welche auf die Natur des Grundstücks, auf welches die Früchte überfallen, Rücksicht nehmen, und darnach die Höhe des dem andern Theile zu stehenden Überfalles bemessen. Hierher gehört das Weisthum von Pfeffers § 76:

> Wasz abfalt von einem baum in ein wingert oder krautgarten oder auf ein dach gehört der vollige abfall deme in dessen wein- oder krautgarten oder dach die früchten falen [230])

während dem gegenüber die „bäum im freien feld sollen . . den halben abfall zu geben schuldig sein“.

Eine gesonderte Stellung nimmt gleichfalls hinsichtlich des Überfalls die Almende ein. Da hier dem Baumeigenthümer, sobald er Märker ist, an der Almende die gleichen Rechte, wie den übrigen Gemeindegenossen zustehen, so hatte er auch einen Anspruch auf den auf seinen Kopf fallenden Theil des Überfalls seines eigenen Baumes, und vereinfachte deshalb eine grössere Anzahl, besonders schweizerischer Rechtsquellen die Rechnung dahin, dass sie dem an der Almende nutzungsberechtigten Baumeigenthümer gestattete, sämmtliche auf die gemeine Mark übergefallenen Früchte aufzusammeln. [231])

---

halb, weil er mit zäunt, einen höheren Betrag des Fruchtgenusses. Als Maass bestimmt es für den Bezirk, innerhalb dessen der Baumeigenthümer sammeln darf, „als weit die langwit schaidet“. (Grimm, Weisth. VI S. 142.)

[230]) Grimm, Weisth. VI S. 375 (St. Gallen); — Vgl. auch die Statuten von Fürststenau u. Ortenstein bei Planta, Bündnerisches Civilgesetzbuch S. 165, Anm. — Sehr ausführliche Bestimmungen mit Bezug auf die Grösse der einzelnen Quoten im Stadtrodel von Maienfeld cap. 93, 94, 96 u. 97 (herausgegeb. von Wagner u. v. Salis in der Zeitschr. für schweizer. Recht n. F. B. V S. 168); siehe auch Zeitschr. f. schweiz. R. a. a. O. S. 319 cap. 94.

[231]) Statuten von Fürststenau und Ortenstein: . . . was aber die Aest anbelangt, so auf eines andern gefreiten gut langet als Baum- Wein- und Krautgarten, soll derjenige des der Garten ist und durch selbige Aest der Schaden geschieht, die Wahl haben die Aest abzuhauen oder den Abriss des Obstes allein zu geniessen. . . . Was aber auf die Allmend fallen thut gehört deme dess der Baum ist. (Planta a. a. O. S. 165). — Feldrecht

Digitized by Google

Abweichend hiervon kennen die Protocolle der Letter Mark auch einen gemeinsamen Genuss des Überfalls durch sämmtliche Märker:

> Item Jasper Struck leyt fragen eyns rechten ordells, oft ein boem stonde up eyns mans stucke in enen tune, und dar eyn overfall wer up eyns anderen mans stucke oft lande, oft up dey marke; wenn de overfall tokome? wes dar recht umme sy? Darup wort gewyset vor recht: isser sake dat de gemeynen buren eme gewyset hebbe und togelaten, dat he dat moge toslaen, so sall he den overfall eynlene beholden; ist das nicht, so sollen de buren den overfall int samet gebrücken.[232]) —

Sämmtliche im Vorhergehenden aufgeführten Quellen sprachen von einem Überfall i. e. S., demnach auch nur von denjenigen Früchten, welche sich bereits vom Baume getrennt haben, sei es, dass sie in

---

der Stadt Müllhausen art. IX § 11. — Interessant ist die Bestimmung in den Dorfbrüch' (Bussenrodel) zuo Vilmergen, erneuwert im Meyen ao. 1662 § 26: Wer Eichen auf seinen Gütern hat, die einer Gemeinde das Anriss geben und dieses auf Gemeindegut fällt, da soll der Gutsbesitzer den Anriss liegen lassen bei 1 fl., wo aber die Gemeinde ihr Anriss in seine Güter giebt, zu dem hat er auch Befugniss es aufzulesen. (Aargauer Weisthum S. 82, herausgegeben von Rochholz, Aargau 1876). — Dieser Rechtssatz, dass der Überfall auf die Almende von dem Baumeigenthümer aufgesammelt werden darf, gilt noch heute im Kanton Glarus (Bürgerliches Gesetzbuch für den Kanton Glarus § 39); — vgl. Leu, Eydgenössisches Stadt- und Land-Recht" S. 645 und Glarner Landbuch, pg. 44: wann gezweyet oder Nussbaum in die Strass und Gassen soweit aushin langend, dass die Frucht und Nussen in die Gass fallen mögind, solche Frucht und Nussen denen auf deren Grund und Boden die Bäume stehend gehören sollind; Landbuch von Ury (Flüelen, 1823) B. I art. 173: Die von den Eigen stehenden Bäumen auf Allmend fallende Früchten und Streue sollen dem Eigenthümer gehören: Unterwaldner Landbuch pg. 3: „. . . die Früchte desjenigen, in dessen Gut sie fallend, sind, was aber in Allment oder Gassen fallt einer, dessen die Bäume sind, wohl zu seinen Handen sammeln mag. — Prosch, die Rechte der Nachbarn u. s. w. S. 63. — Ebenso die Bestimmung aus dem hessischen Kreise Blankenstein, dass bei dem Überfall auf „gemeine Wege oder Plätze der Gemeind kein Überfall gegeben werde" (Krebs, de ligno et lapide pg. 70). Hierauf deutet auch das Rechtssprichwort: Allmendgut ist nicht Nachbargut. — Auf der andern Seite vgl. auch die Greb. O. v. 6. Nov. 1739 art. 12 § 9 bei Kopp, Handbuch zur Kenntn der Hess.-Cassel. Landes-Verfass. u. Rechte B. I S. 465. — Mittermaier B. I § 165; Maurenbrecher, a. a. O. 516; Prosch, Rechte der Nachbarn S. 75; Gruchot, Beiträge VII Seite 129.

[232]) Grimm, Weisth. III S. 143 art. 4 (Westphalen, 1500—1537) und Rechtsalterth. S. 550. Hierzu Hillebrand, a. a. O. S. 315.

Digitized by Google

Folge ihrer Reife ohne äussere Einwirkung herabgefallen, oder gewaltsam durch den Wind, oder durch Schütteln des Baumes herabgetrieben worden sind. Bezüglich des letztgenannten Punktes ist noch hinzuzufügen, welche „durch das Schütteln des Baumeigenthümers“[233]) herabgetrieben worden sind, weil das Schütteln des Baumes durch den Nachbar einen Ausnahmefall vorstellte, und nur dann von einigen Quellen gestattet wurde, wenn der Baumeigenthümer trotz der an ihn ergangenen Aufforderung keine Miene machte, dem Nachbar, der „ain ganz jar des paumbs ân geniesz schaden nemen mueszt“, zu seinem ihm zukommenden Fruchtgenuss zu verhelfen.[234]) Dies besagt auch das Landrecht oder ehehaft Taiding des Landgerichts Haunsberg:

> „wer aber der, des der paum ist, so lössig, und wolt das obst lassen verreissen, so mag der des fall ist auf seinen grünten wol hinauf steigen und sein thail herabschütten und aufklauben . . . .“[235])

---

[233]) Dass die Quellen dem Abfallen der reifen Früchte das Herabschütteln durch den Baumeigenthümer vollkommen gleichstellen, erfahren wir aus der Glosse zum Ssp., der Glosse zum Weichbild (Daniels u. Gruben Sp. 432), der altclevischen Rechtsquelle, 176 § 2 (sämmtlich citirt bei Anm. 207 ff.); vgl. weiter Landrecht von Liebenau § 12 (Grimm, Weisth. VI S. 150); Landrecht des Gerichts Raschenberg § 12 (Grimm, Weisth. VI S. 155); Weisth. von Winhering § 14 (Grimm, W. VI S. 141). — Ebenso Feldrecht der Stadt Müllhausen IX § 11. — Ausnahmen finden sich im Amtsrecht von Meienberg cap. 126: Wo ein Boum stündi, der Anrys gäbe, so soll der des der Boum ist uff dem Sinen uffläsen. Und was in eines Anderen guet fallt, das soll der ufläsen, dess diess Guet ist diewîl man den Baum nit schüttet. Will aber der schütten des der Bonm ist, so soll er disem das sägen; und was dann überhin fallt in des Anderen Gut, das soll dem halb werden dess das Gut ist und dem halb, dess der Baum ist. (Rochholz, Aargauer Weisthümer S. 99); ferner im Churer Stadt-Recht von 1549. (Planta, Bündnerisches Civilgesetzb. S. 166) und in den Statuten von Fürststenau und Ortenstein. (Planta, a. a. O. S. 165). Die drei letztgenannten Quellen sind Schweizer Rechtsaufzeichnungen.

[234]) Vgl. Weisthum von Winhering § 15 (Bayern —) . . . wo aber . . . der des der stamb wer wolt weder schitten noch procken wann das obst zeitig ist und es also zu schaden reifen lassen, so solle der ander deme die öst auf sein grund hangen zu seinem nachtbarn oder im fal derselb das schitten nit thuen wolt, zur obrigkeit gen, ir solches anzaigen und begeren das si deme das schitten verschaff. will der nachbar alsdann noch nit schitten, so hat der ander macht in beisein des ambtmanns oder zwaier männer hinauf ze steigen und sein thail herabzuschitten u. s. w. (Grimm VI, S. 141).

[235]) Salzb. Weisth. S. 57 Z. 32. — Vgl. Landrecht von Liebenau § 12 (Bayern — Grimm, Weisth. III S. 150).

Digitized by Google

Der Baumeigenthümer hatte auch die weitere Pflicht, seinem Nachbar anzusagen, wenn er den überhängenden Baum schütteln wollte [236]), weil sonst die überfallenden Früchte liegen bleiben und verfaulen würden; es liegt diese Bestimmung auch im Interesse des Baumeigenthümers, welcher seinen Antheil an dem Überfall erhalten wollte. Unterliess dagegen der Baumeigenthümer, seinen Nachbar zu benachrichtigen:

> „so soll —, wie das Ehehaftrecht von Wilzhut Art. 11 a. E. bestimmt [237]) —, der so den überhang hat, ain laidher anzuewerffen macht haben, und also seinen thaill auch pöszen und prechen".

Hand in Hand hiermit geht die in einzelnen Quellen ausdrücklich hervorgehobene Verpflichtung des Nachbars, die übergefallenen Früchte aufsammeln:

> „die des die gründ hinan sein missen klauben, was auf ire gründ felt" [238]),

weil andernfalls der Baumeigenthümer nicht die ihm zustehende Quote erhalten würde, während die Bemerkung der Quellen, wie z. d. Landgebote zu Anthering, dass der Nachbar „schutten helfen soll" [239]), nicht als eine rechtlich zwingende Vorschrift, an

---

[236]) Landrecht von Haunsberg: wann er die pessen oder schüdten will, sol ers seinem nachtbarn ansagen, damit er seinen fall aufklaab. (Salzb Taid. S. 57 Z. 30); — Rügung und Landgebote des Landgerichts Anthering (Salzb. Taid. S. 70 Z. 20); — Herrschaftsrecht von Elgg von 1535, 68. 3: „wenn aber der stan herr den Boum schutten wil . . so soll er dem anriser zum schütten ansagen und das kundt thun." Kam der Nachbar dieser Aufforderung nicht nach, so war der Baumeigenthümer nicht verpflichtet, mit dem Schütteln des Baumes zu warten: „sagt er ime, er kom oder nit, bedarf derselb nit lenger warten" (Landgeb. von Anthering, Salzb. Taid. S. 70 Z. 22). — Amtsrecht von Meienberg cap. 126 (Rochholz, Aargauer Weisthümer S. 98 fg.), citirt Anm. 233; — Werthheimisches Stadtrecht von 1466: und wen man dasselb abbrechen oder schutteln will, so soll man den Anstosser des Ueberhangs solchs vorzuwissen thun (Mittermaier, Beiträge S. 23). — Vgl. Civilgesetzb. für den Kanton Schaffhausen § 799: „ . . . Wenn der Eigenthümer des Baumes auf seiner Seite die Früchte ablesen will, so soll er vorher seinen Nachbar davon einberichten".

[237]) Grimm, Weisth. III S. 682.

[238]) So Landrecht von Liebenau § 12 (Grimm, Weisth. VI S. 150) Die Landgebote zu Anthering sprechen davon, dass Baumeigenthümer schuldig sei, seinem Nachbar „ainen klauber zuestellen". (Salzb. Taid. S. 70 Zeile 24).

[239]) Salzb. Taid. S. 70. Z. 21 ff. — Das Zuchtbuch und Mannszuchtrodel von Pfeffers § 76 hebt hervor, dass der Nachbar von dem Überfall

Digitized by Google

deren Nichtbefolgung Nachtheile geknüpft waren, erscheint, sondern nur als Ermahnung des Gesetzes an den Nachbar aufzufassen ist, dass es in Ansehung des durch den Überfall gebotenen Gewinnes dem Anstande entsprechend sei, bei der Ernte Beihülfe zu leisten. Fernerhin schliesst die Bestimmung der Quellen, dass dem Nachbar nur die vom Baume losgelösten und auf das Nachbargrundstück herabgefallenen Früchte, sei es vollzählig oder nur zu einem Theile gehören sollen, eine weitere ungleich wichtigere Consequenz insofern in sich, als dem Baumeigenthümer nach bestimmter gesetzlicher Vorschrift in einer grösseren Anzahl von Rechtsaufzeichnungen das Recht zugesprochen wird, auf seinen Baum zu steigen, von den überhängenden Zweigen sich abzupflücken so viel er erlangen kann, und hierdurch die Zahl der eventuell dem Nachbar zufallenden Früchte zu verringern.[240])

Als Belege führe ich an die Bestimmung des Pflegegerichts Altenthan:

> „Hat ainer nuczhafte pämb, die ainem andern auf oder über sein grund hieng, welcherlei frucht das währ und wass der, des der pämb ist auf dem pämb gelesen mag, das ist sein.[241])

Ebenso das Landrecht von Wartenfels:

> „Da ainer ab ainem pfelzen paum die frücht nemmen wille und dieselb frucht, es sei öpfl oder piern ab dem paumb unberürt seines nachtbarn gründen herabbringen oder brëchen mag, hat es seinen weeg und ist derselb seinem nachbarn darvon nicht schuldig“;[242])

wie auch das ehehaft Taiding des Landgerichts Haunsberg[243]), das Taiding des Landgerichtes Golling, das von

---

„den halben abfall zu geben schuldig“ sei „wann der schütterlohn nach gebühr erstattet wirdt (Grimm“, VI S. 375).

[240]) Ob und inwieweit dieses Recht des Baumeigenthümers allgemeines deutsches Recht war, lässt sich bei dem Mangel eines ausdrücklichen Hinweises in zahlreichen Quellen nicht angeben.

[241]) Salzb. Taidinge S. 23 Z. 4 ff.

[242]) Salzburger Taidinge S. 160 Z. 23 ff. — Vgl. auch Rügung u. Landgebote des Landgerichtes Anthering Art 48: „so mag der so der paumb ist, mit leitern im paumb als vill er gewingen mag“; zur näheren beschränkenden Erläuterung fügt dieselbe Stelle hinzu: pindt nuer die laiter an den päuml nit, so hat er nur das sein gewunen (versartig!). [Salzburg. Taid. S. 70 Z. 11 ff.]. Recht der Schranne Höchfeld (Salzb. Taid. S. 12 Z. 23 ff.).

[243]) wass auf den pämen wechst mag der ablesen, des der päm ist, als vil er mag (Salzb. Taid. S. 57 Z. 21).

Digitized by Google

Glanek[244]), sowie die bayerischen Weisthümer von Liebenau, von Winhering[245]) u. a.

Charakteristisch ist hierbei der Zusatz:

steigt er aber so weit firhin und felt hinab auf des andern grund und wird erwischt so mues er sich von im lesen[246]):

Auch hier ist es wieder ein Abwägen nach beiden Seiten: auf der einen Seite die principielle Anerkennung des Eigenthums des Baumeigenthümers an allen Früchten seines Baumes, auf der andern die Sicherung eines Theils des Fruchtgenusses für den Nachbar, der die überhängenden Zweige bisher geduldet hat. Mit Rücksicht auf den Letzteren bestimmt man, dass der Baumeigenthümer nur das Recht haben solle,

---

244) Freies Landrecht und ehehaft Taiding des Landgerichtes Golling Art. 12: wass er der gelesen und auf seinen gründen (d. h. auf seinen Grund und Boden stehend) ungevehrlich mit seinen henden gewinnen mag, bleiben demselben. (Salzb. Taid. S. 147 Z. 6 ff.). Übereinstimmend Landesrügung des Landgerichtes Glanek Art. 31 (Salzb. Taid. S. 116 Z. 9 ff.).

245) Ersteres verbietet dem Baumeigenthümer das Betreten des Nachbargrundstücks, fügt dann aber hinzu: hat er ain apfalter oder pierpaum in seinem garten die hinüber raichen, so mag er wol beim stamb hinauf steigen und sich der abprokkems unterwinden. (Grimm, VI, S. 150 § 13). Letzteres betont noch besonders, dass der Baumeigenthümer das erhalten solle, „wasz er im paum mit der hand erraichen mag ze procken". (Grimm, VI S. 141 § 14). Vgl. auch das Landrecht des Gerichts Raschenberg § 12: mit der ainen hand bei dem stamb halten und mit der anderen hand prock, was er erlangen möge. (Grimm VI S. 155 — bayerisches Weisthum). [Ebenso Taiding von Golling: was er mit seinen henden gewinnen mag. (Salzb. Taid. S. 147 Z. 6 ff.).]; — Bergtaiding zu Froschdorf: „und des der paum ist darf in den paum steigen und was er mit der hant erraichen mag, das soll er abprechen (Niederoest Weisth. I S. 94 Z. 7 ff.); — Weisthum von Wilzhut (zwischen Salzburg u. Braunau) bei Grimm, Weisth. III S. 682. Dasselbe hebt besonders hervor, dass die Bäume „gepelzte" sein müssen (ebenso Landr. von Wartenfels, Salzb. Taid. S. 160 Z. 23 ff.). — Vgl. auch die Bestimmungen über die Hopfenranken bei Anm. 163 ff.

246) Landrecht von Liebenau § 13 (Grimm VI S. 150); ebenso das Landrecht des Gerichts Raschenberg § 12 (Grimm, VI S. 55). Das Weisthum von Winhering spricht in § 14 nicht direct von einem „Lösegelde", sondern drückt sich allgemeiner aus: „so ist er schuldig sich mit ime umb das er dem auf seinen grunt gefallen zu vertragen", und setzt noch in trocken humoristischer Weise hinzu: „man haist aber niemand herabfallen." (Grimm, VI S. 141). Vgl. auch die salzburgischen Rechtsaufzeichnungen von Wartenfels (Salzb. Taidinge S. 160 Z. 28 ff.); — Die Rügung und Landgebote des Landgerichtes Anthering Art 48 (Salzburger Taidinge S. 70 Z. 11 ff.); — Landrecht des Pflegegerichts Altenthan (Salzb. Taid. S. 23 Z. 8). Nach der Bemerkung des Herausgebers sind die hier in Betracht kommenden Worte in der zu Grunde liegenden Papierhandschrift von späterer Hand durch-

Digitized by Google

„ab ze procken wasz er im paum mitder hand erraichen mag" (Weisthum von Winhering, vgl. Anm. 245)[246a]), — eine Anordnung, die sich in den Worten des § 289 des Preuss. Land-Rechts I, 9:

„dergleichen Früchte darf der Eigenthümer auch nicht mit Instrumenten herüberlangen . . . ."

wiederfindet[247]); hierauf beruht es auch, dass man dem Baumeigenthümer verbot: „die leiter an den päuml zu pindten" (Rügung und Landgebote des Landgerichtes Anthering Art. 48: vgl. Anm. 242).

In Verbindung mit diesem Rechte des Baumeigenthümers, von den überhängenden Früchten dem Nachbar so viel zu entziehen, als er „ungevehrlich" erlangen kann, sind noch diejenigen Bestimmungen zu nennen, welche, wie das Recht der sieben freien Hagen Art. 25, die Frage:

„wann einer apfel oder birnbäume an seines nachbaren hof stehen hätte und dieselbe schüttelte oder pflückte, wie weit er dieselbe aus seines nachbaren hofe wieder langen soll?

mit dem Satze:

„So weit, als man mit einer arden ruthen recken kann, soll man sie wieder holen[248])

beantworten. Der Unterschied zwischen dieser und den ebenaufgeführten Stellen der salzburgischen Taidinge besteht darin, dass sich in Art. 25 des Rechtes der sieben freien Hagen der Anspruch des Baumeigenthümers in dieser ihm vom Gesetze eingeräumten Befugniss erschöpft und er von den übrigen übergefallenen Früchten nichts zurückerhält. —

---

strichen. — Wörtlich übereinstimmend mit dem Landr. von Anthering des von Kessendorf (Salzb. Taid. S. 39 Z. 32 ff.). Berechtigt ist die Ausnahme in den Landgeboten des Landgerichts Anthering; hier ist von einem „fruchtper paumb in der aw" die Rede, welcher Allen „die so gemain bei der aw haben zu gleichem brauch" steht (Salzb. Taid. S. 71 Z. 8 ff.).

[246a]) Das Weisthum von Winhering bestimmt überdies in § 14 in singulärer Weise, dass wenn der Baumeigenthümer seinen Theil durch persönliches Hinaufsteigen auf den Baum und Abbrechen überhängender Früchte erlangt hätte, der übrige Theil dem Nachbar verbleiben solle: und was nachmals obenbleibt, das ist des alleine, da die öst aufhangen und derselb weiter zu dem stamen nicht ze geben schuldig (Grimm, Weisth. VI S. 141).

[247]) Vgl. unten Anm. 332.

[248]) Recht der VII freien Hagen (Grafschaft Schaumburg) bei Grimm, Weisth. III S. 310 (identisch mit dem Wendhager Bauernrechte bei Grimm, Rechtsalterth. S. 72 unter Nr. 23). Vgl. auch § 16 des Weisthums von Winhering (Grimm, Weisth VI S. 142), citirt bei Anm. 229.

Digitized by Google

Die zweite der von uns im Beginne des § 4 aufgestellten Kategorieen bilden diejenigen Entscheidungen, welche dem Nachbar nicht nur das gewähren, was auf seinen Grund und Boden zu liegen kommt, sondern ihm ein Recht auf die an den überhängenden Zweigen noch befindlichen Früchte zusprechen. Hier ist der Nachbar, um mit Grimm zu reden, nicht davon abhängig, was ihm der Zufall bietet, sondern das Gesetz gestattet ihm, ohne ihn im Zeitpunkte des Erwerbs der Früchte des Überhangs zu beschränken, deren Abbringung selbst zu bewirken.

So das „buk wichbelde Recht" nach der berliner Handschrift von 1369 art. 112:

> War en bom tvischen tven rennen steit, bredet he sine tvige in enen vremden hof, des hoves here mach sie wol verhowen of he wil und wasset dar oves uppe, dat is to rechte sin[249])

oder das Augsburger Statut cap. 81:

> Hanget ein baum uf eins andern mannes gut, swaz des obzes ist, daz uber sin gut hanget, das ist sin, die wile er wil.[250])

Nicht zutreffend ist es, hierin gegenüber den Stellen der ersten Kategorie eine vollkommen veränderte Rechtslage zu erblicken: der Eigenthümer des Stammes ist Eigenthümer der überhängenden Früchte, sein Eigenthumsrecht weicht nur dem gesetzlich eingeräumten Aneignungsrechte des Nachbars, — er ist, wie die Regensburger Wachtgerichts- und Bau-Ordnung tit. 19 § 2 sagt,

> schuldig . ., jhme (dem Nachbar) die Frucht davon, sofern sie auff sein Tach oder sonsten auf seinen grund raichen, zu lassen.[251])

---

[249]) Herausgegeb. von Daniels, a. a. O. S. 52. Die Fassung dieses Kapitels stimmt mit cap. 126 der gewöhnlich citirten Zobel'schen Ausgabe (1537; Strassburg, gedruckt von Johann Albrecht) überein. Vgl. auch Altprager Stadtrecht cap. 166; Hangen si abir dorin, daz obs von den esten ist des nahegepaurs (Rössler, a. a. O. S. 150).

[250]) Meyer, a. a. O. S. 162; Walch, Beiträge B. IV S. 286.

[251]) Regensburger Wachtgerichts- u. Bau-Ordnung von 1657 tit. 19 § 2 bei Gengler, Privatr. S. 209 ff.; in derselben Weise § 132 des Regensburger Statutarrechts bei Weber, Darstell. der sämmtl. Provinzial- u. Statutarrechte Bayerns B. V. S. 76; Heilbronner Statuten (1541) IX tit. 16: Welcher Baum hat auff seinem aygen steen, was Nest (verdruckt für Aest?) von demselben baum vber eins andern gutt raychen, dasselb Ob s so darauff wechst soll sein dessevber den der Ast hanget. — Sehr ausführlich das Wertheimische Stadtrecht von 1466: „sovil dann von den

Digitized by Google

Das Recht des Nachbars ist ein festes Anrecht auf den Genuss der Früchte des Überhangs, — ihm „gebühren" (Schweinfurter Statutar-Recht § 246[252]) dieselben, sie sind „sin, die wile er wil" (Augsburger Statut cap. 81), — nicht ein das Eigenthumsrecht des Baumeigenthümers ausschliessendes Sondereigenthum

fruchtbaren Bäumen über die Anwenden uff des Anstossers Geware hangt, derselb Ueberhang soll ganz des Anstossers sein, uff den der Ueberhang hang und nichts davon zu dem Stam derselben beum, davon der Ueberhang bekomt, behalten, man brech oder schüt solch abe und wenn man dasselb abe brechen oder schütteln will so soll man den Anstosser des Ueberhangs solchs vor zu wissen thun, die sollen dan ein Puten mitten in die Anwand setzen oder uff den Markstein zwischen iren beiden schnurschlecht über sich und sovil denn von denselben baumen oder esten über die Puter uff des Anstossers gewar hanget des soll dem Anstosser für sein Ueberhang bleiben . . ." (Mittermaier, Beitr. zum deutsch. Privatr. S. 23).

[252]) Schweinfurter Statutar-Recht § 246: Die Früchte der auf das Grundstück des andern herüberhängenden Zweige gebühren demjenigen auf dessen Grundstück solche hinüberhängen (Weber a. a. O. B. III S. 665); vgl. weiter Fuldaisches Privatrecht § 155, 5 bei Weber, a. a. O. B. III S. 980. — Das Glarner Land-Buch bestimmt S. 54: Dass, „wenn einer Kriesbäume oder andere Stein-Obsbäume nahe an dem Zaun hätte, dass die dem Anstösser auf das seinige langeten, derselbe Anstösser auf sein Grund und Boden gehen, und was er demzumahl mit den Händen und Häcken erlangen mag, abgewinnen mögen, doch dem Anderm auf dessen Grund der Baum stehet, nicht auf sein Boden gehen, noch auf den Baum steigen solle" (Leu, Eydgenössisches Stadt- u. Landrecht, S. 646). — Vergleichsweise citire ich die coutume de Paris, derzufolge es — nach Merlin, répertoire universel et raisonné de jurisprudence B. I unter „arbre" VIII (S. 461) — „est l'usage, d'accorder le fruit des branches à celui qui est propriétaire de l'heritage, sur lequel elles pendent". Zahlreiche Belege in den wenig benutzten älteren holländischen Quellen: so in den Ordonn. op de erfscheydinge te Middelburg von den 19. Dec. 1617 art. 100: Die zyn fruit-boomen hangende heeft met de tacken over zyns gebuurs erve, moet de overhangende tacken afhouwen, of moet zynen gebuire laten volgen alle de vruchten, die alzoo overhangende zyn (Observatien over Hugo de Groot. Inleid. tot. de Holl. Rechtsgel. Gravenhage, 1778 B. III S. 157); ebenso Landrecht Cuylenborg cap. 7 art. 19 (Trotz, jus. agrar. foeder. Belg. tom. II pg. 450); Landrecht von Thielre etc. cap. 36 art. 31: Als Jemand Boomen over syns Nabuuren Erf hangen moet hy de Vruchten, die over hangen zynen gebuur laten volgen (Trotz, a. a. O.); Coustuymen von Rheynland art. 101: Alle overhangende van boomen voor soo veel die op eens anders land ofte grond overhangen mogen by den buyrmann op wiens grond deselve hangen afgeknot werden, tot soo ver deselve overhangen sonder de boomen ver der te beschadigen, anders komen de overhangende vruchten toe aen die geene op wiens grond de takken overhangen. Hierzu Hugo de Groot, Inleid. tot. de Holl. Rechtsgel. II. B. 34 D. § 21 u. Observatien over Hugo de Groot etc. B. III S. 154. — Prosch a. a. O. S. 61.

Digitized by Google

an diesen noch nicht vom Baume getrennten Früchten bezieh. an den überhängenden Ästen mitsammt den Früchten. Die Steigerung gegenüber dem, was die Stellen der ersten Kategorie gewährten, ist daher, wenn wir von dem bereits erwähnten Vortheile der Freiheit von Beschränkungen in der Zeit des Erwerbs absehen, lediglich eine quantitative, indem dem Baumeigenthümer nicht gestattet wird, den Fruchtgenuss des Nachbars dadurch zu schmälern, dass er von den Früchten pflückt „als vill er gewingen mag". Schliessen wir überdies aus dem Mangel einer ausdrücklichen Erwähnung dieses letzten Punktes in zahlreichen Rechtsaufzeichnungen, dass nicht alle Quellen —, welche im Übrigen dem Nachbar sämmtliche übergefallene Früchte gewährten —, dem Stammeigenthümer gestatteten, auf seinen Baum zu steigen und von den Früchten des Überhangs, soviel er erreichen konnte, zu pflücken, so würde sich das Resultat in diesen Fällen auch nach Höhe des dem Nachbar ertheilten Genussrechtes den Bestimmungen des buks wichbelde Recht, des Augsburger Statuts u. a. gleichstellen. —

Diese unsere Ansicht über die Natur des Rechtes des Nachbars auf die überhängenden Früchte findet ihre Bestätigung darin, dass wir Aufzeichnungen besitzen, welche zwar, wie die eben citirten dem Nachbar ein Recht auf die „in seyne hoffreyte hangenden" Früchte zusprechen, ihn aber nicht in den vollen Genuss derselben setzen, sondern eine Theilung zwischen ihm und dem Eigenthümer des Fruchtbaumes anordnen. Eine solche Theilung entbehrte, wenn man annimmt, dass die Quellen mit der Zuertheilung der noch hängenden Früchte an den Nachbar ein Sondereigenthum an ihnen sowohl als auch an den überragenden Zweigen anerkennen, jeglicher Begründung.

Will man aber diese Stellen, in denen eine Theilung zwischen dem Nachbar und dem Stammeigenthümer verfügt wird, so auffassen, dass dem Letzteren durch Zuertheilung der Hälfte der überhängenden Früchte ein aussergewöhnlicher — nicht in seinem Eigenthumsrechte an den auf das fremde Grundstück ragenden Zweigen und ihren Früchten begründeter — Vortheil gewährt werden sollte, so ist nicht zu verstehen, warum man das Recht des Nachbars besonders hervorhob und nicht die Zuertheilung der Hälfte bezieh. eines Drittels der über dem Nachbargute hängenden Früchte an den Baumeigenthümer als Ausnahme von der Regel betonte.

Als hier einschlagend sind anzuführen das Rechtsbuch des Johannes Purgoldt II, 125:

> Was obes danne in seinen garthen hanget das ist vonn rechte des halb, in des hoffreythe ess hanget, unnd

Digitized by Google

das ander halbe teyl ist des, in des garthen der boym stehet;

ebenso das Land- und Urbarrecht des Pfleg- und Landgerichtes Hüttenstein cap. 22:

ist der paumb aber . . . überhengig und in ibrigen der stamb in aines seinen grund vollig, so hat der andere nur von deme wass überhanget die helft zu geniessen[253]),

die Nürnberger Reformation von 1479, die Statuten der vormaligen Reichsabtei Ochsenhausen, das Frankenhäuser Statutarrecht u. a.[254])[255]).

---

[253]) Land- u. Urbarrecht des Pfleg- n. Landgerichtes Hüttenstein in den Salzb. Taid. S. 175 Z. 4 ff. Über den ersten Theil jener Bestimmung vgl. oben Anm. 214.

[254]) Nürnberger Reformation, 1479, tit. 26 cap. 14; — Statuten der vormaligen Reichsabtei Ochsenhausen § 21: Hängen die Zweige des Baumes auf den Grund und Boden des Andern hinüber, so soll das auf herüberhangenden Zweige hängende oder herabfallende Obst zwischen dem Eigenthümer des Baumes und dem des Grundstücks, auf welchem der Zweig herüberhängt, getheilt werden (Weber, Darstell. der sämmtl. Provinzial- und Statutarrechte Bayerns, B. IV S. 295). — Frankenhäuser Statutarrecht, „so soll dass obest, so über die befriedunnge wer, zwischenn dem herr dess baummess vndt dem anndernn nachtbarn gleich getheilet werdenn" (Walch, Beiträge I. S. 349). — Unsicher kann die Auslegung bei cap. 208 des Brünner Schöffenbuchs: „quia si hoc contingat fructus eorundem ramorum cum vicino, cuius hortum obumbrant, dividantur", erscheinen (Theilung der überfallenden oder sämmtlicher auf den überhängenden Zweigen wachsender Früchte?). — Vgl. auch Kopp, Handbuch der Hessen-Casselschen Landesverfassung Th. I. S. 463: Bericht des Amts Landeck vom 5. Aug. 1780: „Wenn im Amt Landeck in Kurhessen sich Streit über die überhängende Frucht erhebt, so schlichtet diesen Streit, wie der Bericht sagt, ein uraltes Herkommen, vermöge dessen der Nachbar alle über seinen Grund und Boden ragende Zweige beerntet und dem Eigenthümer des Baumes nur den dritten Theil davon zurückgibt". — Vergleichsweise führe ich die coutume de Bergh Saint-Vinoix an, welche in art. 37 bestimmt: Celui, qui a des arbres à fruits dont les branches tombent par-dessus l'héritage de son voisin, doit couper les branches, qui pendent par-dessus, ou abandonner au profit de son voisin la moitié de tous les fruits, qui pendent la ainsi pardessus au choix et à la volonté de son voisin. (Fournel, traité du voisinage, B. I S. 149, 4. Aufl. S. 153 fg.) — Ebenso wie im Bericht des Amtes Landeck der daselbst gebrauchte Ausdruck „nur den dritten Theil davon zurückgibt" für unsere im Text ausgesprochene Auslegung spricht (man kann Einem nur das „zurückgeben", was er bereits besessen hat), so ist es hier das „abandonner au profit de son voisin", welches denselben Schluss rechtfertigt. Charakteristisch ist auch die gleichsam in der Mitte der beiden von uns aufgestellten Kategorien stehende Verbesserte Schützenordnung von Köln, welche bestimmt, dass, wenn sich die an der Gränze wachsenden Bäume mit ihren Ästen „zu

Digitized by Google

weit ausspreiten würden, soll der Ueberfall von des Bäumen-Früchten durch beyde Nachbaren gleich getheilet werden, wäre auch Sach, dass die Früchten von dem Ueberhang des Baumes abgebrochen, und also nicht auf die Erde (wie wohl zu Zeiten geschieht) überfallen würden, soll nicht desto weniger derjeniger dem der Baum zugehörig, seinen Nachbaren, so den Ueberhang des Baumes leiden muss auch nach Advenant und der Billigkeit gemäss Theil von den abgebrochenen Früchten zuschicken (Vollständige Sammlung davon die Verfassung des hohen Ertzstifts Cölln betreffenden Stucken u. s. w. B. II S. 397).

[255]) Auch hier lassen sich eine grössere Anzahl Belege aus holländischen Statutarrechten beibringen; so die Statuta Mechlinensium tit. XIV. art. 42: Als jemants boomen over syns ghebueren erve hanghen, soo moet he die doen korten, oft de helft van den vruchten die overhangen synen ghebuere laten volgen; ebenso das Landrecht von Ruremuude tit. 5 § 7 No. 7 (Trotz, a. a. O. p. 449) u. Pauli Christianei, in leg. municip. provinc. Mechlinens, comment. (ed. II) pg. 533; Statuten von Vianen: „. . . ende middeler tyt syne gebuyr te laten volgen d'eene helft van den vruchten die aen de overhangende takken wachsen (Stat. Viannens. Rubr. 8 art. 18; Observat. over H. de Groot etc. t. III pg. 157); Keuren van Oudewater von 1605 art. 75 (Observatien over H. de Groot t III pg. 155); Lex municipalis Trajectina rubr. 27 art. 21 pg. 285 (Trotz, a. a. O. t. II pg. 450). — Prosch, a. a. O. S. 71.

Digitized by Google

III. Das Recht des Überhangs und Überfalls in der Gegenwart.

§ 5.

Es ist bereits aus den in den §§ 3 und 4 gegebenen Zusammenstellungen der älteren deutschrechtlichen Quellen unschwer zu erkennen, wie fest das deutsche Recht in der Frage des Überhangs und Überfalls, auch nach dem tieferen Eindringen des römischen Rechts in die Legislationen, seine von Alters her überlieferten Sätze bewahrte, und wie sich nur hier und da ein fremder die heimischen Anschauungen modificirender Einfluss geltend machte.

Dieser Zustand hat sich auch trotz der tiefgreifenden Umwälzungen auf legislatorischem Gebiete nicht geändert, vielmehr fussen die deutschen Gesetzbücher der Gegenwart betreffs des Überhangs und Überfalls fast ausschliesslich auf deutschrechtlicher Grundlage. Die hier einschlagenden deutschrechtlichen Bestimmungen haben sich sogar in einer Reihe von Ländern, in denen im Übrigen das Pandektenrecht noch heute in vollem Umfange zur Anwendung gelangt, unverändert erhalten, so dass wir besonders bezüglich der Frage des Überfalls bereits in der älteren Literatur zahlreiche Stellen finden (z. B. bei Beyer, Thomasius, Heineccius u. a.[256]), in denen die Anwendbarkeit des interdictum de glande legenda in Deutschland überhaupt völlig in Abrede gestellt wird.

---

[256]) Vgl. Beyer, delineat. iur. civ. etc. (Lips. 1721) pg. 655: unde hodie cessat interdictum de glande, seu quovis fructus arboreo in fundum vicini decidente per triduum legenda; — Thomasius, not. ad Instit. pg. 146; — Heineccius, etem. iur. germ. lib. II tit. III § 70; — Kraus, de iure in arbores vicini in nostrum prominentes aerem (1765) p. 16; — Stryk, usus modern. XLIII, 28 § 1: Quod hodie communi praxi immutatum videtur, ubi regulariter illi fructus relinquuntur, in cuius fundum deciderunt, nisi contrarium pacto placuerit; — Carpzow, Part. III const. XXXII def. 24; — Lauterbach, colleg. theor.-pract. pg. 423; sowie die Erörterungen in dem Wochenbl. für merkwürdige Rechtsfälle, Jahrg. 1843 S. 14 und die Citate daselbst. — Gruchot, Glossen zum allgemeinen Land-Recht in Gruchots Beiträgen B. VII S. 128.

Digitized by Google

Die gesetzliche Grundlage für die Fälle des Überhangs und Überfalls findet man statt dessen in den Bestimmungen des Art. 52 des Sachsenspiegels B. II und des Art. 126 des sächsischen Weichbildes; an sie knüpfen die Gesetzbücher Preussen's, Sachsen's, Oesterreich's, ebenso wie die neueren Entwürfe an. Nur übt die allgemeine Vertiefung der juristischen Begriffe an der Hand des römischen Rechts auch in dieser Frage ihren Einfluss insofern aus, als man das Eigenthumsrecht an einem Grundstücke nicht nur den körperlich greifbaren Theil der Erdoberfläche und den darunter gelegenen Theil der Erdkugel selbst umfassen lässt, sondern dasselbe auch auf den darüber gelegenen Luftraum ausdehnt [257]) und so dazu gelangt, die Beseitigung aller überhängenden Äste als Eingriff in die fremde Herrschaftssphäre zu fordern, ohne im einzelnen Falle zu untersuchen ob dem Nachbar aus dem Überhange ein offenbarer Schaden erwächst.

Bevor diese Auffassung zur allgemeinen Anerkennung gelangte, versuchte die sächsische Jurisprudenz der letzten drei Jahrhunderte bei der Rührigkeit, welche sie besonders im 17ten und der ersten Hälfte des 18ten Jahrhunderts gegenüber der wissenschaftlichen Stagnation im übrigen Deutschland auszeichnet, in zahlreichen Schriften eine theoretische

---

[257]) Vgl. z. B. Hesse, Handb. des Herzogl. Sachs.-Altenburgisch. Privatrechts (1841) S. 159; — Falck, Handb. des Schleswig-Holstein. Privatr. V. a. (1848) S. 159; — Pfyffer, Erläuterungen des bürgerl. Gesetzbuches des Kantons Luzern, Th. II [1833] S. 87: „. . die Betrachtung, dass der Eigenthümer jede Einwirkung auf sein Eigenthum, wäre es auch nur auf den ihm zuständigen Luftraum, untersagen kann, begründet das Recht, dass er die Wurzeln des Baumes aus seinem Boden reissen, sowie die auf sein Gebiet reichenden Aeste abhauen . . . kann"; — Ebenso Bluntschli, die privatrechtl. Gesetzgebung für den Kanton Zürich B. II, Sachenrecht (III. Aufl.) S. 102: „Das Recht, Kappung der überhängenden Äste und Zweige zu verlangen, ist ein Ausfluss des strengen Eigenthumsbegriffs, nach welchem der Eigenthümer jeden körperlichen Eingriff in den Bereich seiner Herrschaft zurückweisen kann." — Das Civil-Gesetzbuch für die Stadt Bern nimmt diesen Begriff der Herrschaft des Grundeigenthümers über seinen Luftraum sogar ausdrücklich in seine Definition des Eigenthumsrechtes an einem Grundstücke auf, und entscheidet in der 378. Satzung: „Bey einem Grundstück erstreckt sich das Recht des Eigenthümers nicht allein auf die Oberfläche, sondern auch aufwärts auf die Luftsäule und in umgekehrter Richtung auf die Tiefe". [Schnell, Civilgesetzb. für die Stadt u. Republik Bern, II S. 57.] Ebenso im Code Napoléon art. 552, dem Vorbilde des berner Gesetzb.: La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. (Wörtlich übergegangen in den Code Genevois art. 552, den Code civil du Canton du Valais art. 391 und in den Code civil de la Republique et du Canton de Neuchatel art. 400.) — Thibaut, Lehrbuch des französ. Civilrechts (herausgeg. von Guyet) § 179 u. a.

Digitized by Google

Erklärung für die ebencitirten Stellen des Sachsenspiegels und des sächsischen Weichbildes zu geben, und zwar entsprach die herrschende Ansicht, welche sich hierbei herausbildete, der neuerdings wieder von Beseler verfochtenen Auffassung, dass die auf das Nachbargrundstück überhängenden Zweige im Eigenthum des Herrn dieses Grundstücks ständen.[258]) Man construirte hierbei ein eignes ius aeris, aus welchem man folgerte, dass für das Eigenthum des Baumes oder einzelner Theile desselben nicht die Frage, wo der Stamm aus der Erde hervorkomme, sondern die Frage, in wessen Raum sich der Baum bezieh. einzelne Äste desselben erstreckten, entscheidend sei.[259])

Obgleich es andrerseits nicht an Gegnern dieser Ansicht fehlte [260]), so hatte dieselbe doch so ausschlaggebende Vertreter für sich, dass sich auch die sächsische Praxis ihrer bemächtigte, und dieselbe

---

[258]) Vgl. oben Anm. 156 ff.

[259]) So Beyer, delineatio iuris civilis etc. p. 555: Hodie ius certum est: Quicquid in aerem meum propendet meum est, adeoque libere potest succidi etiam domino non monito, fructusque ibi nascentes mei sunt; — Berger, oeconom. iur. lib. II tit. § XVII, 2: iure civili ius soli, Saxonico autem iure ius aeris attenditur; ex quo consequitur, iure Saxonico vicino competere dominium ramorum propendentium; — Wernher, observ. for. P. II obs. 426; — Hahn, ad Wesenbecium, tit. de glande legenda; — vgl. auch Carpzow, Part. III const. XXXII def. 25 n. 5, Leyser, Jus Georg. L. III cap. 11 § 3 pg. 533, Schott, institut. jur. Sax. L. II § 20 und Curtius, Handbuch des im K. S. geltend. Civilr. B. II § 535 (S. 150). — Die Genannten sprechen von einem wirklichen Eigenthumsrechte des Nachbars an den überhängenden Zweigen und nehmen darnach ein getheiltes Eigenthum am Baume, nicht nur „eine dem Eigenthume in seinen Wirkungen gleichstehende ausschliessliche Dispositionsbefugniss" des Nachbars (so Schmidt, Vorles. über sächs. Privatr. B. I S. 257) an dem Überhange an.

[260]) Bernh. von Rohr, Haushaltungsr. B. V. cap. 3 § 1; — Bachoven, ad Treutlerum Vol. II disp. 22 th. 6 lit. F; — Christophor. Zobel, differ. iur. civ. et Saxon. P. II diff. XLII n. 17 [ed. 1610, Lips.] pg. 371: „in spec. L. II. a. 52., Weichb. a. 126 cum glossis non dicitur, ramos ad vicinum pertinere . . ." (citirt bei Emminghaus, a. a. O. S. 444 Nr. 19); — Kraus, l. c. pg. 14: at in his iuris Saxonici articulis (speciell Sachsenspiegel II, 52 u. Magdeburg. Weichbild 125) ne verbum quidem invenimus, ex quo ramorum vicinae arboris in nostram prominentium aerem dominium certo nobis iure asserere possimus; ebenso dagegen: Haubold, Lehrb. d. sächs. Privatr. § 362 bes. Note e. (III. Ausg.); — Hesse a. a. O. B. II S. 199 (2. Aufl. S. 528). — Vgl. auch Krebs, de ligno et lapide pg. 67, und betreffs anderer Geltungsgebiete der im Texte aufgeführten Stellen des Sachsensp. und Weichbildes: Brückner, Handb. des herz. Sachs.-Goth. Privatr. § 465 (S. 102) und Sachse, grossh. sächs. Privatr. S. 465 (das weimarsche Patent vom 15. Juni 1819 hebt in § 8 diesen Punkt besonders hervor).

Digitized by Google

Auffassung in Urtheilen mit präjudicieller Kraft, wie z. B. in dem der Facultät Wittenberg von 1705 und in Erkenntnissen des Kgl. Oberappellationsgerichts zu Dresden vom 29. Juni 1841 und 16. Januar 1863 zum Ausdruck brachte.[261]) Dementsprechend gewährte man dem Nachbar auch das Holz der überhängenden Äste, während § 362 des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Kgr. Sachsen, indem er ein Mal die zweifellos unrichtige Auffassung eines ius aeris verwirft und ein fortdauerndes Recht des Baumeigenthümers an den überhängenden Zweigen anerkennt, andrerseits aber auch die Gratificationstheorie des römischen Rechtes nicht aufgenommen hat, nach ausdrücklicher Bestimmung die abgeschnittenen Zweige dem Baumeigenthümer zuspricht.[262])

Hiermit hängt eine weitere ungleich wichtigere Neuerung des Bürgerlichen Gesetzbuchs f. d. Kgr. Sachsen gegenüber der früheren sächsischen Praxis zusammen: die Gewährung einer gegen den

---

[261]) Urtheil der Facultät Wittenberg 1705 (abgedruckt bei Emminghaus, Pandekten des gem. Sächs. Rechts S. 446 Nr. 27): „Auch bei Eichen kann der Nachbar mit den in seinen Grund und Boden überhangenden Aesten nach seinem Gefallen umgehen; sie entweder abhauen oder die Eicheln abnehmen .. Eine Verjährung kann nicht entgegengesetzt werden, sofern nicht der Eigenthümer des Baumes per collectionem fructuum, accedente temporis lapsu an jenen Aesten ein Eigenthum erlangt"; — Urtheil des Kgl. Sächs. Oberappell. Ger. vom 29. Juni 1841 vgl. Wochenbl. f. merkwürd. Rechtsfälle Jahrg. 1843 S. 15 und die daselbst in den Gründen der unteren Instanzen beigebrachten Ausführungen; — Urth. d. Kgl. Sächsischen Oberappell.-Ger. vom 16. Januar 1863, abgedruckt in den Annalen des Kgl. Sächs. Oberappell.-Ger. B. VI S. 386 ff. und bei Seuffert, XVII n. 7; — Vgl. auch die Entscheidung im Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. Jahrg. 1860 S. 171; — Andrerseits besitzen wir ein wittenberger Erkenntniss aus der Mitte des 18. Jahrh., welches von Kraus, l. c. pg. 24 sequ. im Wortlaute (jedoch ohne Hinzufügung des Jahres) mitgetheilt wird, und welches im Gegensatz zu den ebencitirten Entscheidungen ausführt, dass der Nachtbar nicht Eigenthümer der überhängenden Äste, sondern nur berechtigt sei, „so lange der Eigenthümer des Baumes wider die Vorschrift des Saechsischen Rechts seine Zweige über den Zaun auf des Nachbars Boden gehen und hangen lässet, dieser ...... sothane Zweige, so weit sie zu ihm herüber gehen", abzuhauen. — Zum Belege wird angeführt: Mencken, Synops. Pand. lib. XLIII, tit. 27 § 2 in fin.: dominus arboris suos ramos succidere, atque ita vicino spem fructuum adimere non prohibeatur.

[262]) § 362 B. G. B a. E.: „Die abgeschnittenen Zweige gehören dem Eigenthümer des Baumes oder der Hecke". — Vgl. Siebenhaar, Commentar zu dem Bürgerl. Gesetzb. f. d. Kgr. Sachsen: zu § 362; Wengler u. Brachmann, das Bürgerl. Gesetzbuch f. d. Kgr. Sachsen S. 162; — Siebenhaar, Lehrb. d. sächs. Privatr. S. 359.

Digitized by Google

Baumeigenthümer auf Beseitigung des Überhangs gerichteten Klage electiv neben dem Selbsthülferechte des Nachbars.[263]) Unrichtig ist es, beim Vergleiche mit den Grundsätzen des deutschen Rechts im Allgemeinen in diesem von dem Bürgerl. Gesetzbuche hervorgehobenen Klagerechte des Nachbars „eine völlige Verkennung des nationalen Gedankens“ zu finden.[264]) Denn wenn schon die älteren deutschen Rechtsquellen mit überwiegender Mehrheit nur betonen, dass der Nachbar vollkommen frei die überhängenden Äste beseitigen dürfe, so ist es doch m. E. sehr zweifelhaft, ob wir daraus, dass diese Quellen ein Klagerecht des Nachbars neben dem Selbsthülferechte desselben nicht ausdrücklich hervorheben, ein besonderes Charakteristicum des deutschen Rechts und die principielle Verwerfung einer solchen gegen den Baumeigenthümer gerichteten Klage zu entnehmen haben. Jedenfalls erschien eine Klage gegen den Baumeigenthümer, — dies beweisen die oben bei Anmerkung 147 ff. aufgeführten Quellen —, nicht den sonstigen Grundsätzen des deutschen Rechts über den Überhang widersprechend, und ist es deshalb richtiger, die dominirende Hervorhebung der Selbsthülfe in der Mehrzahl der älteren Rechtsaufzeichnungen daraus zu erklären, dass man in der seitens des Nachbars anzuwendenden Eigenmacht ein Privileg erblickte, welches man der Klage vorzog, welches aber zugleich (dies ist der mehr äusserliche Grund jener Erscheinung) als Eingriff in fremde Rechtsgüter einer besonderen

---

[263]) § 362 B. G. B. Satz 1: Jeder ist berechtigt, die Wurzeln eines fremden Baumes oder einer fremden Hecke, soweit sie unter seinem Grund und Boden fortlaufen, ingleichen Zweige eines fremden Baumes oder einer fremden Hecke, soweit sie auf seinen Grund und Boden überhängen, abzuschneiden, oder, wenn er die Zweige nicht selbst abschneiden kann oder will, den Eigenthümer des Baumes oder der Hecke zum Abschneiden derselben anzuhalten. — Die anzustellende Klage ist die Negatorienklage; vgl. Wengler u. Brachmann, das bürgerl. Gesetzbuch für das Königr. Sachsen: zu § 362; — Erkenntn. d. Kgl. Appell.-Ger. zu Bautzen v. 20. März 1875, mitgeth. in Wengler's Archiv a. F. II S. 636 fg.

[264]) So Kayser bei Gruchot, Beiträge XXI S. 76; — Kayser erblickt eine solche „völlige Verkennung des nationalen Gedankens“ auch in der Bestimmung des Code civil über den Überhang (Art. 672), wiewohl es bei der Beurtheilung des Code civil der Herbeiziehung anderer Grundsätze als der des älteren deutschen Rechts bedarf. — Vgl. zu dem im Texte Gesagten oben bei Anm. 146 fg. Daselbst ist bereits darauf hingewiesen, dass die älteren Quellen wie der Sachsenspiegel, das Sächsische Weichbild u. a., lediglich das Verbot des Überhängens von Zweigen auf das Nachbargrundstück enthalten, ohne die zur Beseitigung des Überhangs anzuwendenden Mittel irgendwie zu gränzen.

Digitized by Google

gesetzlichen Sanction zu bedürfen, schien. Dass speciell das frühere sächsische Recht vor der Emanation des Bürgerlichen Gesetzbuches — und in Anschluss an die sächsische Doctrin die Mehrzahl der deutschen Theoretiker des 17ten und 18ten Jahrhunderts, — dem Nachbar das Recht, klagweise die Beseitigung des Überhangs zu fordern, verweigerte[265]), erklärt sich aus der eben erwähnten Theorie des ius aeris, derzufolge verständlicher Weise der Baumeigenthümer nicht zum Abschneiden der auf das fremde Grundstück überhängenden Äste angehalten werden konnte, weil er überhaupt nicht als Eigenthümer derselben angesehen wurde.

Andererseits hat in dem Bürgerlichen Gesetzbuche der sowohl von dem bisherigen sächsischen Rechte als von der Majorität der deutschen Rechtsquellen überhaupt betonte Grundsatz, dass es vor der Ausübung des Selbsthülferechts einer an den Baumeigenthümer ergehenden Aufforderung nicht bedarf[266]), unveränderte Aufnahme gefunden.[267])

Das Preussische Landrecht stimmt darin mit dem Bürgerlichen Gesetzbuche f. d. K. S. überein, dass es gleich diesem, — und zwar bereits zu einer Zeit, in welcher die ältere sächsische Doctrin noch unter dem Banne des ius aeris stand, — ein Eigenthumsrecht des Nachbars an den überhängenden Zweigen verwirft, und demnach auch die auf dem Wege der Selbsthülfe durch den Nachbar abgehauenen Zweige nicht an diesen fallen lässt, sondern ihre Auslieferung an den Baumeigenthümer anordnet.[268])

---

[265]) Curtius, Handbuch Th. II § 535, Note c; — Schmidt a. a. O. I. S. 257; Von praktischen Entscheidungen vgl. die Urtheile, in dem Wochenbl. f. merkwürd. Rechtsf. Jahrg. 1843 S. 11 ff., 1860 S. 171; Zeitschr. für Rechtspflege u. Verwalt. n. F. B. XIX S. 95 n. 47; Annalen des Oberappellationsger. zu Dresden B. II S. 160, VI S. 389. — Wengler u. Brachmann a. a. O. — Anders das Oberappellationsger. zu Jena, Blätter für Thüringen B. VII S. 294; vgl. auch Hesse, die Rechtsverh. zw. Grundstücksnachb. B. II S. 201 (2. Aufl. Seite 530).

[266]) Über das frühere sächsische Recht vgl. Beyer l c. pg. 555; Kraus l. c. pg. 18; Haubold a. a. O. S. 379; Schmidt, Vorles. I S. 257. — Emminghaus a. a. O. S. 443 u. 444.

[267]) Eine ungünstige Kritik erfahren die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches f. d. K. S. bei Schuster in der allgem. oesterr. Gerichtszeitung B. XXXIV (1883) S. 57; Schuster bezeichnet dieselben im Vergleich mit den übrigen Particularrechten als „am wenigsten aus einem Gusse“.

[268]) Dernburg, Lehrb. des preuss. Privatr. u. der Privatrechtsnormen des Reichs (4. Aufl.) B. I § 220 (S. 547); — Kayser, das preussische Überhangs- und Überfallsrecht im Anschluss an deutschrechtl. Bestimmungen, in Gruchot's Beitr. zur Erläuter. des deutsch. Rechts B. XXI (3. Folge, 1. Jahr-

Digitized by Google

In welchem Sinne hierbei der von dem Pr. L. R. I, 9 § 288 gebrauchte Ausdruck: der Nachbar ist verpflichtet, das Holz der abgeschnittenen Äste dem Eigenthümer des Baumes „auszuliefern", zu verstehen ist, geht nicht unmittelbar aus dem Wortlaute des § 288, welcher nur das Grundprinzip betonen will, dass der Nachbar das Holz nicht behalten darf, hervor. „Ausliefern", kann ein Mal eine Aktivität des Nachbars, ein Aushändigen an den Baumeigenthümer, andererseits aber auch nur ein Geschehenlassen des Ersteren, ein Einwilligen in die seitens des Baumeigenthümers auszuführende Wegnahme enthalten.

Mit Recht verweist Kayser a. a. O. S. 80 zur Beantwortung dieser Frage auf Pr. L.-R. I, 9 § 295[269]), nach welchem der Eigenthümer des durch den Sturmwind umgestürzten und auf das Nachbargrundstück geworfenen Baumes schuldig ist, „einen solchen Baum auf Verlangen des Nachbars ohne Zeitverlust von dem Grunde desselben wegzuschaffen", und folgert hieraus, dass der Baumeigenthümer in derselben Weise zur Abholung der abgeschnittenen Zweige verpflichtet ist. Allerdings bestreitet Gruchot bei der Besprechung des Pr. L.-R. I, 9 § 295, dass auch in § 295 eine Verpflichtung des Baumeigenthümers „einen solchen Baum auf Verlangen des Nachbars ohne Zeitverlust von dem Grunde desselben wegzuschaffen", vorliege[270]), sodass damit ein Erklärungsversuch des § 287 aus

---

gang) S. 80 ff.; — Pr. L. R. I, 9 § 287: Niemand ist die unter seinem Grunde und Boden fortlaufenden Wurzeln oder die über seine Gränze herüberhangenden Zweige eines fremden Baumes zu dulden verpflichtet. § 288: Will er aber selbige weghauen, so muss er das Holz dem Eigenthümer des Baumes ausliefern; vgl. auch § 291: Dagegen ist der Eigenthümer des Baumes die auf den Grund des Nachbars hinüberhangenden Zweige auf seinem eigenen Grunde und Boden wegzuhauen wohl befugt.

[269]) Vgl. hierzu Pr. L. R. I, 9 § 293: Der Baum selbst aber, welcher durch Sturmwind ganz oder zum Theil auf den Grund des Andern geworfen worden, verbleibt dem vorigen Eigenthümer; — Die parallelen Bestimmungen im früheren Churfürstenthum Hessen enthält Kopp, Handbuch zur Kenntniss der Hessen-Casselischen Landesverfassung und Rechte (Cassel, 1796) Th. I S. 465; demgemäss ist mit Hessen-Darmstadt das Übereinkommen getroffen, dass, wenn Bäume an der Gränze gefällt werden, „die Parömie gelten soll: Die Wurzel zieht den Stamm (Reg. Schreib. v. 8. Juli 1790)", während im Churfürstenthum selbst die übergefallenen Bäume „falls nicht ein anderes durch Verträge bestimmt ist, auf der Grenze durchschnitten und vertheilt werden".

[270]) Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Preuss. Rechts B. VII (1863) S. 129 ff.: „Nicht von einer Pflicht, sondern von einem Rechte des Baumeigenthümers ist hier auszugehen". Kayser bemerkt hierzu richtig (S. 83), dass hier Recht und Pflicht nicht Gegensätze, sondern Korrelate seien; der Baum-

Digitized by Google

§ 295 heraus an sich hinfällig würde, die Polemik aber, welche Gruchot an dieser Stelle gegen die Auffassung, als handele es sich in § 295 um eine Pflicht des Baumeigenthümers, führt ist m. E. keine glückliche zu nennen, und ist auch hier den Gegenausführungen Kaysers a. a. O. S. 82 gegen Gruchot beizustimmen: dass es schon ein bedenkliches Argument ist, wenn Gruchot seine Interpretation des § 295 mit der Constatirung, „die Fassung des § 295 sei verfehlt", beginnt.

Zugleich lässt sich für die Erklärung des § 288 ein weiterer Punkt betreffs der Frage des Eigenthumsrechtes an dem Holze der überhängenden und von dem Nachbar abgeschnittenen Äste aus § 295 entnehmen, und die Bestimmung des § 295 (demzufolge der Baumeigenthümer, im Falle er sich eine Säumigkeit zu Schulden kommen lässt und den übergefallenen Baum nicht „ohne Zeitverlust" von dem Grunde des Nachbars entfernt, seines Eigenthumsrechtes an Letzterem verlustig geht) auch auf § 288 ausdehnen.[271])

Weiterhin wird fast übereinstimmend von der Theorie wie von der Praxis angenommen, dass der Nachbar Ersatz der ihm bei der selbständig vollzogenen Beseitigung des Überhangs entstandenen Kosten verlangen, und die abgeschnittenen Zweige bis zur Befriedigung seiner Ansprüche retiniren darf.[272]) Diese Entscheidung ist

---

eigenthümer muss sein Eigenthumsrecht an dem übergestürzten Baume geltend machen, und dadurch den Nachbar zugleich von den Nachtheilen, welche der auf dem Nachbargrundstücke liegende Baum nothwendiger Weise mit sich bringt, befreien. — Vgl. auch Pfyffer, Erläuterung des bürgerl. Gesetzbuches des Kantons Luzern, Th. II S. 87 f.: „Auch ist er den Baum selbst, wenn er durch äussere Gewalt auf des Nachbars Grund fällt, als Eigenthümer mit Vergütung des etwaigen Schadens fortzunehmen nicht nur berechtigt, sondern auf Verlangen des Nachbars auch verpflichtet". — Ausdrücklich wird diese Pflicht des Baumeigenthümers zur Wegnahme der auf das Nachbargrundstück gefallenen Äste bezieh. des umgebrochenen Baumes selbst in den Lois civiles du Canton de Fribourg art. 473 hervorgehoben: Les arbres ou branches d'arbres, qui, étant coupés, arrachés ou brisés par le vint, tombent sur le fonds du voisin doivent incessament être enlevés par le propriétaire, qui est tenu aussi de réparer ou de payer les dommages causés, s'il y a eu de sa faute.

[271]) Vgl. Kayser a. a. O. S. 81. — Es ist, wie wir bereits oben bei Anm. 64 gesehen haben, keine Dereliction des Baumeigenthümers an dem übergefallenen Baume bezieh. den abgeschnittenen Zweigen anzunehmen (so Gruchot, Beitr. VII S. 130 f.); sonst müsste auch der Eigenthümer des Nachbargrundstücks beweisen, dass eine Dereliction stattgefunden, bezieh. eine solche überhaupt hat eintreten können (Veräusserungsunfähigkeit); vgl. Kayser, a. a. O. S. 83, und Schuster, allgemeine oesterr. Gerichtszeitung B. XXXIV S. 57.

[272]) Vgl. Koch, Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten

Digitized by Google

aber m. E. nur dann gerechtfertigt, wenn man aus § 287 ein positives Recht für den durch den Überhang belästigten Nachbar herleitet und dem gegenüber eine Pflicht für den Baumeigenthümer, dem Nachbar derartige durch die überhängenden Zweige entstehende Nachtheile fernzuhalten, anerkannt.[273]) Denn wenn man Letzterem ein Recht auf Erstattung der ihm bei dem Abschneiden des Überhangs erwachsenen Kosten zuspricht, so drückt man damit aus, dass er eine Handlung ausführt, welche ihm nicht nur behufs Wahrung seines Interesses vom Gesetze nachgelassen ist, welche sich vielmehr an sich als eine Pflicht des Baumeigenthümers, als dessen negotiorum gestor er erscheint, darstellt. Warum dann diese Pflicht des Baumeigenthümers nicht mittelst einer Klage erzwingbar sein sollte, ist nicht einzusehen. Jedenfalls widerspricht eine Klaganstellung auf Beseitigung der überhängenden Zweige weder dem Wortlaute des Preussischen Landrechts selbst, — denn dieses äussert sich ebenso wenig wie der Sachsenspiegel mit bestimmten Worten über die Mittel, welche dem Nachbar gewährt bezieh. versagt werden sollen, — noch steht auch einer solchen Annahme ein „nationaler Rechtsgedanke" entgegen.

Es gehört diese an letzter Stelle berührte Frage zu den lebhaft verhandelten Controversen des Preussischen Landrechts; während sich aber die Praxis, besonders in Hinblick auf die Entscheidung des Kgl. Pr. Obertribunals vom 6. Februar 1855, überwiegend für die Verneinung eines Klagrechts des Nachbars ausspricht[274]), haben sich in der Theorie gewichtige Stimmen erhoben, welche ein solches Klagrecht des Nachbars für vollkommen zulässig erklären.[275]) Jeden-

---

B. I bei der Erklärung vom Pr. L.-R. I, 9 § 288 in Note 29; — v. Rönne, Ergänzungen und Erläuterungen der preussischen Rechtsbücher B. I zu I 9 § 288; — Dernburg a. a. O. I § 220 Anm. 13; — Kayser a. a. O. S. 80 bei Anm. 71 und die weiteren Ausführungen daselbst.

[273]) A. M. Kayser a. a. O. S. 79 bei Anm. 67; — Andrerseits vgl. Rönne a. a. O.; Gruchot B. VII a. a. O. und Dernburg a. a. O.; — Ebenso unrichtig würde es sonst sein, aus der Sachsenspiegelstelle B. II Art. 52, welche in ihrer Fassung auch nur „gewissermassen eine Rechtsregel" ausspricht, ein positives Recht des Nachbars herzuleiten (vgl. Kayser a. a. O.).

[274]) Entscheid. des Obertribunals N. 2615 (B. XXX S. 431 bes. 433 ff.); Entsch. des Appell.-Ger. zu Glogau vom 1. Sept. 1857 bei Gruchot, Beitr. B. II (Jahrg. 1858) S. 77 ff.; Allgem. Landrecht von Rehbein u. Reincke (III. Aufl. 1885) B. I S. 401 Anm. 64; — Kayser a. a. O. S. 82; auch Koch a. a. O. I zu I, 9 § 288, Note 29 scheint sich der Ansicht der von ihm citirten Entscheidung zuzuneigen.

[275]) Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preuss. Privat-

Digitized by Google

falls ist, wie dies Kayser a. a. O. S. 80 annimmt, kein Gegengrund rücksichtlich eines solchen Klagerechts in den Anfangsworten des Pr. L.-R. I, 9 § 288 „will er aber selbige weghauen“ zu finden, vielmehr hebt § 288 den Fall, in welchem sich der Nachbar entschliesst, die Beseitigung der überhängenden Zweige persönlich vorzunehmen, nur deshalb ausdrücklich hervor, weil es nur hier in Hinblick auf den Widerstreit des deutschen und des römischen Rechts zu Zweifeln kommen konnte, wie es mit dem Eigenthum an dem Holze der abgeschnittenen Äste zu halten sei.[276])

In gleicher Weise wie das Pr. L.-R. I, 9 § 287 f. bestimmt das oesterreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch im § 422:

„Jeder Grundeigenthümer kann die Wurzeln eines fremden Baumes aus seinem Boden reissen und die über seinem Luftraume hängenden Aeste abschneiden oder sonst benützen,

während der Code Napoléon unter Ausschluss des Selbsthülferechts des Nachbars[277]) nur die Möglichkeit einer Klagerhebung gegen den Eigenthümer des überhängenden Baumes kennt. Hier entscheidet Art. 672, 2:

Celui sur la propriété du quel avancent les branches des arbres du voisin, peut contraindre celui-ci à couper ces branches.[278])

Beide Gesetzbücher enthalten, besonders im Vergleich zum preussischen Landrecht, nur geringes Material über die mancherlei bei der Betrachtung des Überhangsrechtes auftauchenden Fragen; und zwar

---

rechts B. III § 173 Note 47 und Gierse in der Arnsb. jurist. Monatsschrift I. 54. 348; Dernburg a. a. O. I § 220 Anm. 15; — Vgl. auch Rönne a. a. O. I S. 545 u. 546 und das daselbst citirte Erkenntniss des Appellat.-Ger. zu Münster.

[276]) Dernburg a. a. O.: Allein aus dem Umstande, dass das Landrecht I, 9 § 288 nur das Recht des Nachbars hervorhebt, die überragenden Wurzeln und Zweige seinerseits abzuhauen, kann sicherlich nicht gefolgert werden, dass dem in der Freiheit seines Eigenthums Verletzten nicht auch die auf allgemeinen Grundsätzen ruhende Negotorienklage zustehe; — Kayser meint a. a. O. S. 80, dass wenn in dem § 287 ein Klagrecht auf Wegschaffung des Überhangs enthalten wäre, „so wären die Anfangsworte des § 288 nicht bloss überflüssig, sondern auch unverständlich“ (?).

[277]) Vgl. Zachariae von Lingenthal, Handbuch des französischen Civilrechts (VI. Aufl.) B. II § 242 Note 2, und Sirey, recueil général des lois et arrêts en matière civile etc. T. XI, 1. 245.

[278]) Über das Geltungsgebiet des Code Napoléon in Deutschland (linkes Rheinufer, Baden und Grossherzogth. Berg) vgl. Stobbe, I § 15 III; Behaghel, das badische bürgerl. Recht und der Code Napoléon B. I. S. 8; Zachariae v. L. I § 13.

Digitized by Google

macht sich dieser Mangel vor Allem für die Interpretation des oesterreichischen bürgerl. Gesetzbuchs geltend, während im Code civil [279]), insofern derselbe dem Nachbar nur das Recht einräumt,

[279]) Die Bestimmungen des Code Napoléon art. 672 kehren in unveränderter Fassung in der in Belgien publicirten Form des C. N. art. 672, sowie in wortgetreuer Transversion in art. 582 des Codice civile del Regno d'Italia: „Quegli sul cui fondo si protendono i rami degli alberi del vicino, può constringerlo a tagliarli, e può egli stessi tagliarle le radici che si addentrino nel suo fondo, salvi però in ambidue i casi, i regolamenti e gli usi locali quanto agli ulivi", wieder. Der letztere ausdrückliche Hinweis auf die Ausnahmestellung der Olivenbäume findet sich bereits in dem Codice civile per gli stati di S. M. il Re di Sardegna art. 606 (Ausg. v. 1837), während der Codice per lo Regno delle due Sicilie lib. II tit. IV cap. II sez. 1, 593, 1 nur die Worte des art. 672 des C. N. wiedergiebt; vgl. auch art. 572 des Civilgesetzbuchs für Modena und art. 523 desjenigen für Parma und Piacenza. Eine wörtliche Übertragung des art. 672 des C. N. bildet auch art. 608 des Codicele civilŭ für Rumänien: Acela pe a căruĭ proprietate se întindŭ cracile arborilor vecinuluĭ, pôte să lŭ îndatoreze a le tăia. — Vergl. ferner das Nederlandsch burgerlijk wetboek B. II tit. 4 art. 714: „Hij op wiens erf de takken der boomen van zijnen nabuur overhangen, kan den laatstgenoemden noodzaken, die takken af te snijden. Indien de wortels der boomen op zijn erf doorschieten, heeft hy het regt om die aldaar zelf weg te hakken; ook de takken mag hij zelfs afsnijden indien de nabuur op zijne este aamaning geweigerd heeft zulks te doen, en mits hij niet op den eigendom van den nabuur trede" (hierzu Diephuis, Handboek voor het nederlandsch burgerlijk regt, II Th. S. 245; auffallender Weise übergeht Opzoomer's ausführliches Buch „Het Burgerlijke wetboek verklaard" (9 B.) den art. 714). Während sich der erste Theil des art. 714 ziemlich eng an den Code Napoléon anschliesst, bilden die Schlussworte von „ook de takken u. s. w." an einen dem französischen Rechte unbekannten Zusatz; übersetzt lauten diese Worte: auch die Äste kann er selbst abschneiden, wenn der Nachbar sich auf seine erste Aufforderung weigert, solches zu thuen, nur darf er nicht das Grundstück des Nachbars hierbei betreten". — Dieses letzte Erforderniss einer an den Baumeigenthümer (im holländ. Gesetzb. vom Standpunkte des durch den Überhang Beeinträchtigten aus als „Nachbar" bezeichnet) gerichteten Aufforderung kehrt in dem Codigo civil Portuguez art. 2317 wieder, nur schlägt das portugies. Gesetzb. in anderer Beziehung insofern eine noch selbständigere Richtung ein, als es die Hervorhebung einer wahlweise gegen den Baumeigenthümer geltend zu machenden Klage unterlässt und überdies die Beschneidung der Wurzeln von der gleichen Voraussetzung einer vorher an den Baumeigenthümer fruchtlos ergangenen Aufforderung abhängig macht. Der Text des art. 2317 lautet als Fortsetzung des in Anm. 187 citirten Vordersatzes: „mas o dono do predio vizinho poderá arrancar e cortar as raizes que si introduzirem no seu terreno, e os ramos que elle propenderem com tanto que não ultrapasse, arrancando e cortando essas raizes ou ramos a linha perpendicular divisoria, e se o dono da arvore sendo rogado a não tiver feito dentro de tres dias" („aber der Herr des benachbarten Gutes kann diejenigen Wurzeln, welche auf sein Grundstück hinübergreifen und diejenigen Zweige, welche

Digitized by Google

klagweise gegen den Eigenthümer des überwachsenden Baumes vorzugehen[280]), derartige Zweifel über das Eigenthumsrecht an dem Holze der abgeschnittenen Zweige[281]), über die Pflicht einer vor-

auf dasselbe hinüberhängen soweit ausreissen bezieh. abschneiden, als er beim Ausreissen und Abschneiden dieser Wurzeln und Zweige nicht die perpendiculäre Theilungslinie überschreitet und unter der weiteren Voraussetzung, dass der Herr des Baumes auf eine Aufforderung hin dies nicht innerhalb drei Tagen selbst gethan hat"). — Was das spanische Recht anlangt, so bemerkt Lehr, éléments de droit civil espagnol (Paris, 1880) S. 225, dass ihm überhaupt keine hier einschlagende Bestimmung bekannt sei; er scheint hierbei die Siete Partidas VII tit. 16 ley 28, welche vom Stumpfen der überhängenden Äste unter Zuziehung der Obrigkeit reden (vgl. Grimm, Zeitschr. f. gesch. Rechtswissenschaft III S. 352 Anm. 7), übersehen zu haben. Die in Anm. 134 citirte Stelle des Fuero viejo de Castiela lib. V. tit. 3 § 12 hat wohl, gleichwie das ganze gen. Gesetz selbst, seine Gültigkeit in der Gegenwart verloren (Lehr, a. a. O. S. 6); bei Herrero, el código civil espanõl (1872) vermag ich keine auf den Überhang bezügliche Anordnung zu finden. — Rücksichtlich Englands verweise ich auf das von Mews, Chapmann, Sparham & Todd, A Digest of the reported decisions B. VII S. 39 mitgetheilte Erkenntniss: „if a man knowingly plants in his own land and suffers to grower over the land of his neighbour a noxious tree, by which his neighbours cattle are injured, an action will lie against him at the suit of such neighbour".

[280]) Vgl. über die Erklärung des art. 672, 2: Marcadé, Explication théorique et pratique du C. N., zu art. 672: Boileux, Commentaire sur le C. N. (VI. Aufl., II S. 870); Laurent, Principes de droit civil B. VIII, 15 ff.; Sirey, les codes annotés, zu art. 672; Pardessus, traité des servitudes T. I no. 197 (S. 442 ff.). Von den uns hier vor Allem interessirenden deutschen Schriftstellern über den Code Napoléon und seine Gültigkeit in Deutschland ist zu nennen: Zachariae von Lingenthal a. a. O. B. II § 241 u. 242. — Behaghel, a. a. O. § 108, III unter 2; Bauer, Lehrb. des napol. Civilr. § 198 und ebenso Frey, Lehrb. des franz. Civilr. § 422 enthalten nur die Wiedergabe der Worte des art. 672 ohne nähere Ausführungen. Kurze Bemerkungen bei Thibaut, Lehrbuch des franz. Civilrechts § 179 u. bei Pfeiffer, Napoleons Gesetzbuch B. I S. 300 ff. — Art. 671 des Code civil regelt die Frage der Entfernung der an der Gränze wachsenden Bäume von dem Grundstücke des Nachbars; die Maasse von 2 Metern und ½ Meter, welche hier angeordnet werden, gelten aber nur „à defaut de règlements et usages". (vgl. z. B. Arrêtés de Lamoignon tit. 20, art. 40 et 41 u. a.). — Zachariae hebt a. a. O. § 242 hervor, dass der Nachbar dem Baumeigenthümer zur Beseitigung der überhängenden Äste anhalten könne, „ausgenommen, wenn ihm ein Rechtstitel entgegensteht". Vielfach bestritten ist hierbei, ob in diesem Falle die Einrede der Verjährung zu berücksichtigen sei. Für die Verneinung dieser Frage spricht sich mit Entschiedenheit Thilo, die Controversen des französischen Civilrechts (Stuttgart 1841) S. 166 aus. [Denselben Standpunkt vertritt Zachariae v. L. a. a. O. B. II § 242 Anm. 3; ebenso Duranton, cours de droit civil, V Nr. 395 u. 398; Marcadé Art. 672 n. 4 und bei Sirey, recueil général etc. XXV, II 25, XXXV, I 799 u. s. w.].

[281]) Nach art. 672, 3 [Si ce sont les racines qui avancent sur son héritage

Digitized by Google

herigen Aufforderung an den Baumeigenthümer u. dgl. von Anfang an ausgeschlossen sind.

Das oesterreichische allgemeine bürgerl. Gesetzbuch entscheidet im § 421 nur die Frage, wie das Eigenthumsrecht an dem an der Gränze zweier Grundstücke stehenden Bäume zu bestimmen sei, und folgt hierbei dem auch von den übrigen deutschen Gesetzbüchern vertretenen Grundsatze, dass sich das Eigenthum:

---

il a droit de les y couper lui même] ist bei den in des Nachbargrundstück reichenden Wurzeln die Ausübung eines Selbsthülferechts des Nachbars gestattet; hieraus schliesst man zugleich, dass die abgehauenen Wurzeln dem Nachbar zufallen (Behaghel a. a. O. S. 330). Übereinstimmend § 362 des Bürgerl. Gesetzb. f. d. Kgr. Sachsen: „Die abgeschnittenen Zweige gehören dem Eigenthümer des Baumes oder der Hecke, die abgeschnittenen Wurzeln dem Eigenthümer des Grundstückes, in welchem sie sich befinden". Vgl. hierzu die Motive zu dem Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. f. d. Kgr. Sachsen von 1860 S. 694: „Diese Unterschiede beruhen auf der Erwägung, dass die in das fremde Grundstück hinüberragenden Wurzeln aus demselben ihre Nahrung ziehen und gleichsam Theile desselben werden." — Ebenso der „Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Königr. Bayern" Th. III Hauptst. III Art. 198: Wurzeln die von dem benachbarten Grundstück in das andere herüberlaufen darf der Eigenthümer des Letzteren abstossen und für sich behalten". — Anders das Pr. L. R. I, 9 § 287 u. 288 (Dernburg, a. a. O. B I § 220 Anm. 13); vgl. auch Hesse, a. a. O. B. II S. 205 ff. — Von den schweizer Gesetzbüchern vgl.: das bürgerl. Gesetzb. für Luzern § 284 (hierzu Pfyffer, Erläuter. d. bürgerl. Gesetzb. v. Luzern, Th. II S. 87); das privatrechtl. Gesetzb. für den Kanton Schaffhausen § 531; Civilgesetzb. für den Kanton Solothurn § 798 (wie der Code Napol. art. 672); ebenso das privatrechtl. Gesetzb. f. d. Kanton Zürich § 589 (hierzu Bluntschli, Privatr. Gesetzb. für d. Kant. Zürich B. II S. 102) und das bürgerl. Gesetzb. für d. Kanton Aargau § 490. Sämmtliche soeben angeführten schweizer Gesetzbücher stimmen darin überein, dass sie dem Nachbar gestatten, die Wurzeln des fremden Baumes selbst abzuschneiden. Die Lois civiles du Canton de Fribourg art. 472, 5, der Code Genevois art. 672, 3, der Code civil du Canton de Vaud art. 459, 2 und der Code civil du Canton du Valais art. 518, 2 enthalten die wörtliche Wiedergabe des art. 672, 3 des Code Napoléon. Vergleichsweise mache ich auf den Codice civile del Regno d'Italia art. 582 und von den älteren italienischen Gesetzbüchern auf den Codice civile . . . di Sardegna art. 606 und den Codice per lo Regno delle due Sicilie lib. II tit. IV cap. II sez. 1, 593 („Si poi le radici s'inoltrano nel suo fondo può egli stesi tagliarle") aufmerksam. Vgl. auch das Nederlandsch burgerl. wetboek B. II tit. 4 art. 714: Indien de wortels der boomen op zijn erf doorschieten, heeft hij het regt om die aldaar zelf weg te hakken", und das rumänische Gesetzbuch art. 608: Déca rădĕcinile se întind pe pĕmêntulŭ sĕŭ are dreptŭ a le tăia singurŭ. Die letzten 5 aufgeführten Gesetzbücher schliessen sich gleich den kurz vorher namhaft gemachten schweizer Legislationen eng an den Code Napoléon an.

Digitized by Google

„. . . . nicht nach den Wurzeln, die sich in einem an-
„grenzenden Grunde verbreiten, sondern nach dem Stamme
„bestimmt, der aus dem Grunde hervorragt.[282])

Ob dieser Grundsatz des § 421 auch bei der Aufsuchung der theoretischen Unterlagen des § 422 zur Anwendung zu kommen

[282]) Vgl. hierzu § 361 Satz 1 d. bürg. Gesetzb. für d. Kgr. Sachsen: „Das Eigenthum eines Baumes gehört Denjenigen, auf dessen Grund und Boden der Stamm aus der Erde kommt". Ebenso das Pr. L. R. I, 9 § 285; Entwurf eines bayerischen Gesetzbuchs Th. III Hauptst. III Art. 196: „Bäume gehören demjenigen, auf dessen Grund und Boden der Stamm hervorwächst"; Bürgerl. Gesetzb. für Luzern § 284 (hierzu Pfyffer, a. a. O. B. II S. 87). — Abweichend das Braunschweiger Rescript vom 21. Januar 1793, demzufolge der Baum dahin gehört, wo er seine Wurzeln hat (Steinacker, Particulares Privatrecht des Herzogthums Braunschweig S. 395, Anm. 1 u. Stobbe a. a. O. § 85 Anm. 22). Vgl. hierzu oben Anm. 61 und 155, und ausser der dort angeführten Literatur Curtius, a. a. O. § 535 u. Kayser, a. a. O. S. 77.

In der englischen Rechtsprechung ist man bisher zu keiner Übereinstimmung in dieser Frage gelangt. Das Erkenntniss in Sachen Watermann v. Soper (1 Lord Raymond 737; gefällt durch den „chief justice at Lent Assizes at Winchester") giebt ebenso wie ein zweites [Anon. 2 Roll. 141] die Bestimmungen von l. 7 § 13 Dig. de adquir. rer. dom. XLI, 1 (vgl. Anm. 61) wieder: „if A. plants a tree upon the extremest limits of his land, and the tree growing extend its roots into the land of B. next adjoining A. and B. are tenants in common of this tree". J. Williams, „the institutes of Justinian illustr. by English law" will die an zweiter Stelle genannte Entscheidung, in der es sich um einen in einer Hecke aufgewachsenen Baum handelt, auch nur auf diesen Fall beschränkt wissen, „for the general rule is, that the ownership of the tree follows the ownership of the hedge and the tree will be held to belong to the party on whose land the trunk stand without reference to the direction of the roots [„es ist allgemeine Regel, dass der Baum demjenigen gehört, auf dessen Land der Stamm steht, ohne Berücksichtigung der Richtung der Wurzeln"]. Mit Williams Ansicht stimmt § 270 des Civil Code of the State of New-York (reported complete by the commissioners of the code, 1865) überein; ebenso G. L. Drebing, „Common law der vereinigten Staaten von Amerika" S. 482 (1866). Interessant ist überdies eine dritte, der Entscheidung Holder v. Coates zu Grunde gelegte Ansicht, dass wenn ein Baum „grows near the confines of the land of two parties so that the roots extend into the soil of each, the property in the tree belongs to the owner of the land, in which the tree was first sown or planted" [der Baum gehört bei überreichenden Wurzeln dem Eigenthümer des Landes, in welches der Baum zuerst gesät oder gepflanzt wurde; mitgetheilt in Moody & Malkins, Nisi prius reports S. 112]. Ich glaube wir gehen nicht fehl, wenn wir annehmen, dass der erkennende Richter hier eine Anlehnung an die Worte von l. 6 § 2 Dig. XLVII, 7: „in cuius fundo origo eius fuerit" (vgl. o. Anm. 61) gesucht hat. —

Der auf der Gränzlinie wachsende Baum steht im Miteigenthum der angränzenden Grundstücksnachbarn: Pr. L. R. I, 9 § 286 (hierzu Dernburg, I

Digitized by Google

hat, oder ob § 422 ein in sich abgeschlossenes Ganze bildet und seine Erklärung in vollkommen selbständigen Principien findet[283]), ist eine in der Doctrin bisher nicht entschiedene Frage. Die neueste und zugleich umfangreichste Untersuchung über diesen Abschnitt des oesterreicischen Gesetzbuchs findet sich in dem Aufsatze Schuster's in der „allgemeinen oesterreichischen Gerichtszeitung" B. XXXIV [Jahrgang 1883] Nr. 13 ff.; so speciell jedoch auch Schuster auf die einzelnen Punkte der von ihm behandelten Controverse eingeht, so ist doch seinen Ausführungen m. E. nicht in allen Stücken beizupflichten.

Schuster geht von derselben Voraussetzung wie Beseler aus, nämlich davon, dass nach deutschem Rechte die in den Luftraum des Nachbar hineinragenden Äste mit ihren Früchten als volles freies Eigenthum des Nachbars betrachtet worden seien. Es sind hiergegen dieselben Einwendungen geltend zu machen, welche bereits der Ansicht Beseler's entgegengestellt wurden, und welche m. E. auch in Hinblick auf die Schlussfolgerungen Schusters aufrecht erhalten werden müssen.

Wenn schon im Vergleich zu dem in früheren Monographieen enthaltenen Quellenmateriale die von Schuster erbrachten neueren Quellenbelege reichhaltig genannt werden müssen, so ist doch seinen Ausführungen vor Allem der Vorwurf zu machen, dass sie bezüglich des älteren deutschen Rechts nur mit einem geringen rechtshistorischen Materiale operiren und in Folge dessen Belege in vereinzelten Quellenentscheidungen finden, wo doch nur eine Zusammenstellung und Vergleichung einer grösseren Zahl von Gesetzesstellen oder Präjudicien ein Resultat und den Beweis einer verbreiteten deutschrechtlichen Auffassung liefern kann.[284]) So sind auch die von Schuster an-

---

§ 216 Anm. 16; Gruchot, VII S. 120); Bürgerl. Gesetzb. f. d. Kgr. Sachsen § 361; Entwurf für ein bayerisch. Gesetzb. Th. III Hauptst. III Art. 196. — Vgl. auch Civil Code of the State of New-York § 271 (1865) und Codigo civil Portuguez art. 2319.

[283]) Unger, System des österr. allgem. Privatr. B. II § 111 Anm. 17a will den § 422 aus „eigenthümlichen Principien des deutschen Rechts (dem s. g. Überhangsrechte)" erklärt wissen. Welches diese Principien sind, sagt Unger nicht, sondern verweist lediglich auf Gerber, System § 91 N. 3.

[284]) Schuster legt auch die von ihm mehrfach angeführte Stelle des tractatus de juribus incorporalibus tit XIII § 10 m. E. unrichtig aus: denn wenn es dort heisst:

„Wann aber die Bäum sich soweit aussbreiten, dass sie mit deren Aesten und Wurtzen dess Nachbarn Gründen schädlich seynd, so hat der Nachbar Macht, wenn es der Baum-Herr auf Ersuchen nicht wenden will,

Digitized by Google

geführten beiden sächsischen Erkenntnisse (Seuffert, XVII No. 7 und Emminghaus, Pandekten des gem. sächs. Rechts S. 441 No. 27), in denen ein Eigenthumsrecht des Nachbars an den überhängenden Zweigen ausdrücklich anerkannt wird, und auf welche Schuster in Hinblick auf das von Stobbe bei Erwähnung derselben gegebene Zugeständniss Werth legt, kein Ausdruck der deutschen Rechtsauffassung über den Überhang überhaupt, sondern nur eine praktische Anwendung der speciell in Sachsen ausgebildeten Doctrin. Man müsste deshalb, wenn man die Auslegung des § 422 d. oesterr. Civilges. in Übereinstimmung mit Schuster vermittelst des ius aeris anstrebt, annehmen, dass das oesterr. bürgerl. Gesetzbuch sich dieser zur Zeit seiner Codification noch immer angesehenen sächsischen Doctrin angeschlossen hat.[285])

Wenn ferner § 422 dem Nachbar ausser dem Rechte der ungehinderten Beseitigung der überhängenden Zweige gestattet, dieselben „sonst zu benutzen", so involvirt dies kein mit dem Überwachsen der Zweige begründetes Eigenthumsrecht des Nachbars an ihnen und ihren Früchten, es wird vielmehr dem Nachbar damit nur gestattet, sich durch die Benutzung des Überhangs, — durch den Genuss der Früchte, die Verwendung des Laubes u. dgl. — für die mit dem Überragen der Äste unvermeidlich verbundenen Unannehmlichkeiten schadlos zu halten. Jedenfalls bedarf es, — dies kann gegenüber den Ausführungen Schuster's nicht genug betont werden, — eines Appropriationsaktes seitens des Nachbars, — sein Recht ist ein Recht, sich zuzueignen[286])[287]), wenn schon

---

> solche schädliche Aest und Wurtzen selbst ab und weg zu hauen (Niederoesterreich; — Ausg. von 1807),

so ist bei der Interpretation dieser Stelle nicht, wie dies Sch. thut, der Hauptnachdruck auf die Worte „auf Ersuchen" zu legen und hieraus zu folgern, dass dem Baumeigenthümer verboten sei, ohne diese Aufforderung von Seiten des Nachbars die überhängenden Zweige zu beschneiden, diese Worte enthalten vielmehr lediglich die Bestimmung, dass dem Selbsthülfeakte des Nachbars eine Aufforderung an den Baumeigenthümer vorhergehen muss, und finden ihre Quelle in diesem Punkte entweder in Dig. XLIII, 27 oder stellen tit. XIII § 11 des tractat. de jur. incorp. an die Seite der oben Anm. 147 angeführten Rechtsaufzeichnungen.

[285]) Vgl. auch v. Kirchstetter, Commentar zum oesterr. allgem. bürgerl. Gesetzb. (zu § 422), der gleichfalls in den Bestimmungen des § 422 die Bestätigung eines ius aeris erblickt. Unverständlich ist die Behauptung Kirchstetter's, dass man auf Grund von § 421 „consequenterweise annehmen muss, dass dem Eigenthümer des Grundes die darauf überhängenden abgeschnittenen Aeste gehören".

[286]) Es ist nicht zu übersehen, dass § 422 sich ausdrückt: „Jeder Grundeigenthümer kann .... die über seinem Luftraume hängenden Aeste abschneiden

das oesterr. Gesetzb. im Gegensatz zu dem sächs. Gesetzb., dem Preuss. Land-R. u. a. beabsichtigt haben mag, dem Baumeigenthümer den Fruchtgenuss der überhängenden Zweige völlig zu entziehen.

Mit dieser Erklärung des § 422 stimmt nicht nur der überwiegende Theil der über das oesterr. Gesetzbuch entstandenen Literatur, sondern auch die Spruchpraxis des höchsten Gerichtshofes Oesterreichs, obgleich Schuster gerade auf die Erkenntnisse des letzteren zum Beweise der Richtigkeit seiner Theorie Bezug nimmt, überein. Und zwar sind es unter den Commentatoren vor Allem Zeiller, Stubenrauch und Winiwarter[288]), — Letzterer unter ausdrücklichem Hinweis auf § 421, — welche den historisch und theoretisch allein zu rechtfertigenden Standpunkt vertreten, dass „der Umstand . . ., dass die Wurzeln oder Äste des Baumes sich über den Grund eines Nachbars verbreiten . . . kein Miteigenthum des Baumes gibt" (Zeiller), während Schuster eine mit der seinen übereinstimmende Ansicht nur bei Kirchstetter, Commentar zum oesterr. Gesetzb. (1867) § 422 und bei Ellinger, Handbuch des oesterr. allgemeinen Civilrechts S. 191 findet. Unter den maassgebenden Präjudicien aber, ist es hauptsächlich das in dem XIII B. (1879) der „Sammlung der civilrechtlichen Entscheidung. des k. k. obersten Gerichts von Glaser — Unger — Walther S 186 veröffentlichte Erkenntniss, welches den Ausführungen Schuster's entgegensteht. Hier erkennt der Gerichtshof gegenüber dem Kläger,

---

oder sonst benutzen". Dieses „benutzen" bezieht sich demnach nur auf die noch am Stamme befindlichen Äste, so dass die Frage, wem das Holz der abgeschnittenen Zweige zukommt, vom Gesetz selbst nicht ausdrücklich entschieden wird; die oesterr. Praxis weist dasselbe dem Nachbar zu. — Über das ältere deutsche Recht vgl. oben Anm. 161.

[287]) Mit Recht bedienen sich zahlreiche Lehrbücher zur Charakterisirung des bei dem Fruchtgenusse des Nachbars vorliegenden rechtlichen Verhältnisses des Wortes „zueignen". So Kümpel, a. a. O. S. 172; Hesse, Handbuch S. 159; Grefe, a. a. O. S. 109 u. a. Vgl. auch Pr. L. R. I, 9 § 289:

> Duldet er hingegen dieselben (die überhängenden Zweige), so ist er berechtigt, diejenigen Früchte sich zuzueignen, welche der Eigenthümer nicht einsammeln kann, ohne den Grund des Nachbars zu berühren" (hierzu Gruchot, B. VII S. 128),

und das äusserst charakteristische Weimarer Patent vom 15. Juni 1819; citirt unten in Anm. 308.

[288]) von Zeiller (der Redacteur des Gesetzbuchs), Commentar über das allgem. bürgerl. Gesetzb. (1812 u. 13) S. 211; von Winiwarter, das oesterr. bürgerl. Recht systematisch dargestellt u. erläutert; von Stubenrauch, das allgem. bürgerl. Gesetzbuch . . . . mit Rücksicht auf das praktische Bedürfniss erläutert (besprochen bei Schuster S. 74).

Digitized by Google

welcher den Baumeigenthümer auf Grund der Fällung mehrerer mit einem Theil ihrer Äste auf das Nachbargrundstück überhängender Bäume mittelst der Besitzstörungsklage belangt hatte, auf Abweisung, weil aus § 421 folge,

> „dass das dem Nachbar in dem § 422 eingeräumte Recht, „die Wurzeln eines fremden Baumes aus seinem Boden zu „reissen und die überhängenden Äste abzuschneiden, oder „sonst zu benutzen, für ihn kein Miteigenthum oder Mit- „besitz des Baumes selbst begründe“.[289])

Es stellt somit diese Entscheidung das Beseitigungs- bezieh. Benutzungsrecht des Überhangs durch den Nachbar als selbständig existente Rechte dem ungetheilten Eigenthumsrechte des Stammeigenthümers an dem Baume gegenüber. Wenn es ferner in der von Glaser—Unger—Walther herausgegebenen Sammlung B. II in dem unter Nr. 600 publicirten Erkenntnisse des höchsten oesterr. Gerichtshofes vom 21. Juli 1858 heisst:

> „dass somit ein vom Kläger (dem Stammeigenthümer) geltend „gemachter früherer Besitz der in Rede stehenden Aeste „bloss als ein provisorischer anzusehen ist, indem der Geklagte (der Nachbar), welcher die Aeste durch Abschneiden zu seinem Eigenthume machen konnte, den factischen Zustand bisher geduldet hat,

so wird ja darin mit ausdrücklichen Worten gesagt, dass es eines Appropriationsaktes des Nachbars bedarf, um die Äste in das Eigenthum des Letzteren gelangen zu lassen. Warum hierbei die Anschauung unrichtig ist, dass die Äste „erst durch Abschneiden Eigenthum des Nachbars werden“ (Schuster a. a. O. S. 74), ist gegenüber den klaren Worten des ebencitirten Erkenntnisses nicht verständlich.

Von den schweizer Quellen stimmt sowohl der erste Absatz, als auch der Anfang des zweiten Absatzes des § 284 des „bürgerlichen Gesetzbuches des Kantons Luzern“[290]) mit dem § 421 und

---

[289]) Vgl. auch Riehl, das allgemeine bürgerl. Gesetzb. erläutert durch die Spruchpraxis u. s. w. B. I, zu § 422. — Bereits die offenbar auf den Ausführungen Zeiller's fussende Fassung des im Texte citirten Erkenntnisses beweist, dass der Folgerung Schuster's, durch Rückschluss e contrario in den Worten dieses Präjudices die Bestätigung eines Sondereigenthums des Nachbars an dem Überhang zu finden, nicht beizustimmen ist.

[290]) Hierzu Pfyffer, Erläuterung des bürgerl. Gesetzb. des Kantons Luzern, II Th. (1833) S. 87. — Dieselben mit dem Inhalte von § 422 des oesterr. Gesetzb. übereinstimmenden Consequenzen zieht Schnell bei dem Mangel specieller diesbezüglicher Bestimmungen im „Civilgesetzbuch für die Stadt und Republik Bern“ aus der allgemeingefassten Satzung 378, derzufolge

Digitized by Google

422 des oesterr. Gesetzbuches überein, und unterscheidet sich von den letztgenannten nur durch die Schlussworte

(Jeder Grundeigenthümer kann die Wurzel eines fremden Baumes auf seinem Boden ausrauten und die in den Luftraum seines Grundstückes überhangenden Aeste benutzen) oder den Nachbar anhalten, dieselben abzuschneiden.

Dieser letzte Passus ist überhaupt für die schweizer Quellen charakteristisch[291]) und ist nicht nur in denjenigen schweizer Gesetzbüchern enthalten, welche, wie das Civilgesetzbuch für den Kanton Solothurn § 798, das bürgerliche Gesetzbuch für den Kanton Aargau § 490[292]), der Code civil du canton de Vaud art. 459, 2, der Code civil du canton du Valais art. 518 und der Code Genevois art. 672, 2, die Bestimmungen des Code Napoléon art. 672 unverändert (die beiden an erster Stelle genannten Gesetzbücher in ziemlich wörtlicher Übersetzung) aufgenommen haben, sondern kehrt auch in den anderen selbständigeren schweizer Legislationen wieder.

Da die Letzteren keinerlei Schwierigkeiten bieten, und die bei Betrachtung derselben auftauchenden Fragen bereits im Vorhergehenden Berücksichtigung gefunden haben, so glaube ich mich darauf beschränken zu dürfen, den Text der einzelnen Gesetzesstellen nebeneinander zu stellen.

Das „Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich" bestimmt in § 590:

„Wenn die Aeste oder Zweige eines Baumes in den Luft-„raum des Nachbars überragen, so hat dieser die Wahl,

---

sich „bey einem Grundstücke . . . das Recht des Eigenthümers nicht allein auf die Oberfläche, sondern auch aufwärts auf die Luftsäule und in umgekehrter Richtung auf die Tiefe" erstreckt (II S. 57).

[291]) Eine Ausnahme findet sich nur in dem „Entwurfe eines Civilgesetzes für den Canton Basel-Stadt (E. E. kleinen Rath eingegeben im October 1865") § 541: „Der Eigenthümer einer Liegenschaft darf die auf seinen Boden und in dessen Luftraum ragenden Aeste eines fremden Baumes der Grenze nach kappen".

[292]) Civilgesetzbuch für den Kanton Solothurn § 798: Derjenige, auf dessen Eigenthum die Aeste von des Nachbars Bäumen oder Hägen überhangen, kann ihn anhalten, dieselben soweit sie überhangen wegzuschaffen. Wurzeln, die sich in sein Grundstück erstrecken, kann er selbst wegschneiden; — Bürgerl. Gesetzb. für den Kanton Aargau § 490; Jeder Grundeigenthümer kann die Wurzeln eines fremden Baumes auf seinem Boden ausrauten und den Nachbar anhalten, die in den Luftraum seines Grundstück überhängen Äste abschneiden.

„ob er die Kappung der Aeste und Zweige verlangen, oder
„ob er das Recht des Anrieses benutzen will.“ [293])

Dieselbe Stelle wird von dem „Privatrechtlichen Gesetzbuche für den Kanton Schaffhausen“ in § 532 wörtlich wiederholt. Aehnlich ist der Wortlaut des „Bündnerischen Civilgesetzbuchs“, in § 237, 2:

„Wenn Aeste über des Nachbars Grundstück hangen, so
„kann dieser entweder die überfallenden Früchte behalten
„oder das Abschneiden der Aeste, soweit sie in seinen Luft-
„raum ragen, verlangen.“ [294])

Je augenfälliger die Übereinstimmung dieser Gesetzbücher, einschliesslich der unter dem Einflusse des Code Napoléon entstandenen, ist, um so fremdartiger berührt die Entscheidung der „Lois civiles du canton de Fribourg“ art. 472, 3:

Celui sur la propriété du quel avancent les branches des arbres du voisin peut contraindre celui-ci à les couper à quinze pieds de hauteur du sol, si ce sont des arbres fruitiers, et à vingt pieds si ce sont des arbres forestiers, et même dans l'un et l'autre cas à toute hauteur requise s'il veut pâtir à cet endroit; il peut aussi les couper lui-même après un avertissement préalable donné au propriétaire et à la charge de laisser le bois en provenant à la disposition de celui-ci.

Offenbar haben sich hier verschiedene, historisch weitauseinanderliegende, rechtliche Bestandtheile vereinigt: während die ersten Zeilen wortgetreu dem Code Napoléon art. 672 entnommen sind, scheinen die folgenden Satztheile ihr Muster in Dig. XLIII, 27 gefunden und daher auch die Bestimmung „à quinze pieds de hauteur du sol“ (quindecim pedes a terra altius) entlehnt zu haben.

Unrichtiger Weise wird bei der Behandlung des Überhangsrechts in Bayern in der Regel behauptet, dass der Codex Maximilianeus keine hier einschlagende Specialentscheidung enthielte [294a]), und demgemäss die Bestimmung des Cod. Max. Th. I, 2 § 9, derzufolge für den Fall des Nichtvorhandenseins particularrechtlicher Bestimmungen das römische Recht in Kraft zu treten hat, zur Anwendung gebracht. Wenn schon dieses Verfahren im Falle einer Lücke des Cod. Max.

---

[293]) Hierzu Bluntschli, a. a. O. B. II S. 102.

[294]) Vgl. hierzu P. C. Planta, Bündnerisches Civilgesetzbuch mit Erläuterung des Gesetzesredactors, § 237.

[294a]) So auch Schuster a. a. O. S. 54.

an sich correct, und jedenfalls folgerichtiger als das von Massot[295]) vorgeschlagene ist, so sind doch die Voraussetzungen desselben in vorliegendem Falle insofern nicht gegeben, als der Cod. Max. die Frage des Überhangs, freilich einigermassen versteckt, in Zusammenhang mit der Lehre von den Servituten entscheidet. Es heisst dort in Th. II cap. 8 § 6:

> „Wohl hingegen folgert . . . ., dass der Nachbar die in „seinen Grund hinüberhängenden Aeste des auf dem Prae-„dio dominante stehenden Baumes nicht abhauen darf, wie „er dessen sonst ohne sothane Servitut wohl be-„rechtiget wäre.“ [296])

Daneben gelten die zahlreichen neben dem Codex Maximil. fortbestehenden Statuten, welche bereits im § 3 Erwähnung gefunden haben.[297])

Der „Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Kgr. Bayern“ [298]) schliesst sich zunächst in Th. III Hauptst. III Art. 196 der Ansicht, derzufolge das Eigenthum an dem Baume darnach zu beurtheilen ist, aus wessen Grunde der Stamm emporwächst, an[299]) und giebt weiterhin in Art. 198 dem Nachbar, dessen Aufforderung an den Baumeigenthümer, den Überhang zu beseitigen, unbeachtet bleibt, das Recht, Selbsthülfe zu üben und das Holz der abgeschnittenen Zweige für sich zu behalten.[300]) In dem letzteren

---

[295]) Massot schliesst kurzweg daraus, dass der Cod. Maxim. in Th. III, 3, § 20, 2 die übergefallenen Früchte dem Nachbar zuspricht, dass wenn der Eigenthümer des Grundstücks auf die Erwerbung der übergefallenen Früchte verzichtet, er auf die Wegnahme aller überhängender Äste bestehen kann“. (Archiv für prakt. Rechtswissensch. n. F. B. VIII S. 289).

[296]) Roth, Bayerisches Civilrecht B. II § 118, 1 b, und Kreittmayr a. a. O. zu dem im Texte citirten §.

[297]) So z. B. Schweinfurter Statutarrecht, § 247 (Weber, III S. 665); Augsburger Bauordnung von 1740 § 52, 3 (Weber, IV S. 501), Regensburger Statutarrecht § 131, 2 (Weber, V S. 75 fg.) u. a.; vgl. hierzu Stobbe, a. a. O. B. I § 14 a. E. und Arnold, Beiträge zum deutsch. Privatr. B. II. In der Rheinpfalz gilt französisches Recht.

[298]) Aus den Jahren 1860—1864 (3 Theile).

[299]) Th. III Hauptst. III Art. 196: Bäume gehören demjenigen, auf dessen Grund der Stamm hervorwächst. Steht der Baum auf der Grenze, so haben die Nachbarn an dem Baum das Miteigenthum zu gleichen Theilen; jeder von ihnen kann die Fällung des Baumes verlangen.

[300]) Th. III Hauptst. III Art. 198: Der Eigenthümer, auf dessen Grund Theile eines Baumes herrüberragen, kann von dem Nachbar deren Wegnahme verlangen. Kommt der Nachbar der Aufforderung hierzu binnen 8 Tagen nicht nach, so kann er seinen Theil selbst abhauen und für sich behalten. —

Digitized by Google

Punkte, d. h. in der vergeblichen Aufforderung des Baumeigenthümers vor der Beschneidung der Äste durch den Nachbar, neigt sich demnach der bayersche Entwurf nach der Seite des römischen Rechts; rücksichtlich der Zuertheilung des Holzes der abgeschnittenen Zweige an den Nachbar stimmt er mit dem oesterr. Gesetzbuche überein, sondert sich aber hierin sowohl von dem Preuss. Landr., als auch von dem bürgerl. Gesetzb. f. d. Kgr. Sachsen.

Im Hinblick auf die Länder des gemeinen Rechts ist, wie bereits im Beginne dieses Paragraphen angedeutet wurde, viel darüber gestritten worden, ob die Bestimmungen des Ssp. II, 52 und des Weichbildes cap. 125 gegenwärtig als allgemeines Gewohnheitsrecht auf ganz Deutschland Anwendung zu finden[301]) haben, und damit die Geltung der römischrechtlichen Bestimmungen Dig. de arbor. caed. XLIII, 27 vollständig ausgeschlossen sei. Während man früher geneigt war, ein derartiges „gemeines deutsches Herkommen" anzunehmen, ist man gegenwärtig mit Recht zu der Ansicht gelangt, dass es eine Untersuchung der particularrechtlichen Bestimmungen der einzelnen Staaten, in denen im Übrigen das Pandektenrecht fortgilt, bedarf, um die Frage der Anwendbarkeit der deutschrechtlichen Grundsätze über die Beseitigung des Überhangs zu entscheiden.[302])

Ausdrücklich wird die Geltung des Inhalts von Dig. XLIII, 27 für Württemberg[303]) und Nassau[304]) behauptet, hinsichtlich Sachsen-Meiningen's vertritt Kümpel die Ansicht, dass nur der zweite Theil des Titels de arboribus caedendis, die Beschneidung

---

301) Vgl. hierüber Runde a. a. O. § 276; Mittermaier a. a. O. § 147; Emminghaus, Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verw. n. B. XIX S. 289; Prosch, Die Rechte der Nachbarn § 7; Maurenbrecher neigte sich in der ersten Auflage seines Lehrbuchs B. I S. 268 der Bejahung der im Texte berührten Frage zu, nicht mehr aber in der II. Aufl. S. 516.

302) Hesse, Rechtsverh. zw. Grundstücksnachb. B. II S. 207 ff. (2. Aufl. S. 538 ff.) und Stobbe, a. a. O. B. II § 85 unt. No. 7. Beide weisen auf die Mannigfaltigkeit der Modalitäten, welche den Beweis eines allgemeinen Gewohnheitsrechtes vereiteln, hin. — Vgl. auch Hagemann, Handbuch des Landwirthschaftsr. § 137 (S. 232).

303) von Weishaar, Handb. des würtemb. Privatr. B. III S. 10 (§ 285); Bierer, Handb. d. gesammten in Württemberg geltend. Privatr. B. I § 104 Nr. 1 (S. 260).

304) Bertram, das nassauische Privatrecht § 214 (S. 79); jedoch erkennt Bertram in § 216 ausdrücklich die Geltung der deutschrechtlichen Grundsätze über den Überhang „in einem grossen Theil des nassauischen Gebietes" in Folge von Lokalgewohnheiten an. Vgl. Landständische Verhandl. für Nassau von 1850 B. II S. 56.

Digitized by Google

der überhängenden Äste in Höhe von 15 Fuss recipirt sei.[305]) Weiterhin müssen wir, sobald wir den Darstellungen der in den einzelnen Territorien geltenden Particularrechte folgen, die Frage der Anwendung der römischrechtlichen Sätze über den Überhang für Hannover, Braunschweig, Meklenburg, Hamburg und Waldeck[306]) bejahen. In jedem der zuletzt genannten Staaten greifen, sobald nicht beweisbare particularrechtliche Gesetze oder redliche Gewohnheiten (Hamburg) entgegenstehen, die Bestimmungen des in complexu recipirten römischen Rechtes Platz, und ist aus dem Stillschweigen der vorhandenen Lehrbücher unter Voraussetzung der Zuverlässigkeit des aus denselben zu schöpfenden Materials, ein Unterliegen der vor der Reception geübten deutschrechtlichen Grundsätze zu entnehmen. Hinsichtlich Braunschweig's besitzen wir überdies ein directes Zeugniss für die Anerkennung der römischrechtlichen Sätze über den Überhang in einem Erkenntnisse des vormal. Oberappellationsger. zu Wolfenbüttel vom 3. März 1846, in welchem zugleich eine treffende prägnante Auslegung von Dig. XLIII, 27 gegeben wird.[307])

Die Grundsätze des deutschen Überhangsrechts gelten dagegen unter directer Anlehnung an Ssp. II, 52 und Weichb. 125 in Schwarzburg-Rudolstadt, Sachsen-Coburg, Sachsen-Altenburg, Sachsen-Weimar[308]) und Schleswig-Hol-

[305]) Kümpel, Handb. des herzogl. Sachsen-Meining. Privatr. (Meiningen, 1828) § 280, 4.

[306]) Vgl. Grefe, Hannovers Recht (Hannover, 1860); über die Geltung des röm. R.: B. I § 4 (S. 15 ff) — Steinacker, Particuläres Privatrecht des Herzogth. Braunschw. (Wolfenbüttel, 1843); ein Rescript vom 21. Januar 1793 entschied die gemeinrechtl. Streitfrage, wie das Eigenthum an einem auf der Gränze stehenden Baume zu bestimmen sei (S. 395 Anm. 1), ohne die Frage des Überhangs zu berühren. Hinsichtlich der Geltung der fremden Rechte in Braunschweig vgl. a. a. O. S. 11 ff. —

von Kamptz, Handb. des meklenburg. Civilr. (1824), und hinsichtlich unserer Frage I S. 30 ff. —

Baumeister, das Privatrecht der freien u. Hansestadt Hamburg (1856); Stobbe, Gesch. d. deutsch. Rsquell. II S. 313 u. Schuster, a. a. O. S. 54.

Weigel, Einleit. in d. waldekisch. Landesr. (1846). —

[307]) Vgl. Seuffert, Archiv für Entscheid. der oberst. Gerichte B. XI (1857) N. 115: Erkenntn. d. vormal. O. A. G. zu Wolfenbüttel v. 3. März 1846 in der Sache Bartlinger wider Herzogliche Kammer wegen Eingriffs in das Eigenthum.

[308]) G. v. Bamberg, das schwarzburg-rudolstädt. Privatr. § 77 Abs. 1 (S. 52); derselbe will sogar den conditionalen Zusatz des Ssp. II, 52: „sime nakebure to scaden" angewandt wissen (a. a. O. S. 160, 3).

Brückner, Handb. des herzogl. goth. Privatr. (1830) § 465, S. 102.

Digitized by Google

stein[309]) und sind ebenso in die hinsichtlich dieser Frage für das Gebiet des früheren Churfürstenthum Hessen entscheidende Bauordnung vom 9. Januar 1784 übergegangen.[310]) Nach Heimbach finden dieselben auch in Anhalt und den beiden reussischen Fürstenthümern Anwendung.[311])

Im Gebiete des Grossherzogthums Hessen regelt die rechtlichen Verhältnisse der Anpflanzung sowie des Überhangs benachbarter Bäume das für die Provinzen Oberhessen und Starkenburg erlassene Gesetz vom 23. Januar 1861, welches in Art. 3 bestimmt, dass

> derjenige, über dessen Grundstück die Baumäste seines Nachbars herüberragen, den letzteren zur rechtzeitigen Abschneidung dieser Äste anhalten könne,

während es in Art. 6 hinzufügt, dass jeder Eigenthümer, die in sein

---

Hesse, Handb. d. herzogl. Sachs. Altenburg. Privatr. § 209, S. 159.

Für Sachsen-Weimar ordnet die Frage der Rechtsverhältnisse der Gränzbäume das Patent v. 15. Juni 1819 (Abgedr. bei Emminghaus, Pandekten d. gem. Sächs. R. S. 445 Anm. 1); dasselbe unterlässt zwar eine Bestimmung über die Beseitigung der überhängenden Äste zu treffen, muss aber zweifellos seinem übrigen Inhalte entsprechend durch Ssp. II, 52 ergänzt werden. Vgl. Völker, Handbuch des Grossherzogl. sächs. Privatr. S. 325; Sachse, Handb. d. Grossh. sächs. Privatr. § 483, S. 465 und Heimbach, Lehrbuch u. s. w. § 316, 8. Völker und Sachse sprechen wohl zu eng davon, dass der Nachbar „auf Wegnahme der überhängenden Äste antragen kann". Bemerkenswerth ist die Stelle des Pat. v. 15. Juni 1819: „. . . jedoch steht ihm (dem Nachbar) deshalb eben so wenig ein Widerspruch gegen das Abschlagen des Baums von Seiten des Eigenthümers zu, als ein Eigenthumsrecht an den überhängenden Aesten". — Vergleichsweise mache ich auf das vom Ssp. stark beeinflusste livländische und esthländische Recht aufmerksam. Allerdings spricht das Liv. L. R. cap. 163 nur von Hopfenranken, die über den Zaun hängen und berechtigt den Nachbar, die auf sein Grundstück reichenden Ranken abzuschneiden, Bunge dehnt dies jedoch im Einklang mit der herrschenden Ansicht auf alle über die Gränze ragenden Pflanzentheile und ebenso auf alle übergefallenen Früchte aus. (Bunge, das liv.- u. esthländische Privatrecht, 1847, B. I § 136; s. A. von Buddenbrock in seiner Samml. der livländ. Gesetze B. I S. 212 Anm. a zum cap. 163). —

[309]) Falck, Handb. des Schleswig-Holstein. Privatr. B. V. Abth. I S. 160.

[310]) Kopp, Handb. zur Kenntniss der Hessen-Cassel. Landes-Verfass. u. Rechte Th. I S. 474: Es ist ferner ein jeder verbunden, seine gegen den Nachbar stehende Bäume fleissig zu beschneiden, damit nichts überhänge, ansonst dieser berechtigt seyn soll, das Überhängende wegzuschneiden (Bau-Ordn. v. 9. Januar 1784 § 34). — Mogen, diss. de aedif. et arbor. (Giessen, 1759); Senkenberg, de jure priv. Hass. pg. 59.

[311]) Heimbach, Lehrbuch des particul. Privatr. der zu den Oberappellat.-Ger. zu Jena und Zerbst vereinten . . . Länder (1848) § 316 Nr. 1.

Digitized by Google

Grundstück herüberreichenden Wurzeln selbst abzustossen, befugt sei. Das hessische Gesetz vom 23. Januar 1861 schliesst sich demnach eng an den Code Napoléon, dessen Geltungsgebiet die dritte der hessischen Provinzen — die Provinz Rheinhessen — umfasst, an, so dass seit dem Jahre 1861 hinsichtlich des Überhangs im Grossherzogthum Hessen ein einheitlicher Rechtszustand hergestellt ist.[312])

In Frankfurt a. M. gelten noch heute die bereits oben bei Anm. 148 besprochenen Bestimmungen der Frankfurter Reformation vom Jahre 1578, welche in unveränderter Gestalt in die im Jahre 1611 neu publicirte Reformation übergegangen sind.[313])

---

§ 6.

Wenn sich so bei den Grundsätzen des Überhangsrechtes in den Particularrechten der Gegenwart gegenüber der in den Einzelheiten bestehenden ausserordentlichen Mannigfaltigkeit der älteren deutschen Rechtsquellen eine ausgleichende, die Erhebungen vom Durchschnittsmaasse nivellirende Thätigkeit bemerkbar macht, so zeigt sich dieselbe Erscheinung auch bei dem Rechte des Überfalls. Auch hier sind die künstlichen Unterscheidungen, denen zufolge der Überfall je nach der Natur des Baumes, nach dem

---

[312]) Vgl. Massot, „Was ist im Grossherzogthum Hessen Rechtens in Ansehung überhängender Aeste und übergreifender Wurzeln?" Archiv für prakt. Rechtswiss. B. VIII (n. F.) S. 281 ff. Für die vor 1861 gepflanzten Bäume sollen die bis dahin geltenden gesetzlichen Bestimmungen in Kraft bleiben (Art. 4; hierzu Massot a. a. O. S. 282). Massot versteht hierunter „das gemeine Recht", verneint aber die Anwendbarkeit der Sätze des Titels de arbor. caed. (S. 291). — Das Gesetz vom 23. Januar 1861 ist durch tit. III art. 80 ff. des Entwurfs eines Civilgesetzbuchs für Hessen-Darmstadt (1842 bis 1846; Stobbe, Rechtsquellen II S. 440 Nr. 65a) vorbereitet worden. Betreffs des Überhangs der Baumäste sagt Art. 81: „ . . . derjenige über dessen Grundstück die Baumäste seines Nachbar herüberlangen, kann Letzteren jederzeit zur Abschneidung dieser Äste anhalten. . . . Jeder kann Wurzeln, welche von des Nachbars Boden auf sein Grundstück herüberreichen selbst abstossen". Auch hier zeigt sich unverkennbar eine Anlehnung an den Code Napoléon art. 672.

[313]) Vgl. v. Adlerflycht, das Privatr. der freien Stadt Frankfurt (Frankfurt a. M., 1824) § 156; Orth, Anmerk. über die Frankf. Reform. Th. VIII tit. 13 § 1. Über die Geltung der erneuerten Reformation von 1611 in der Gegenwart vgl. Stobbe, Handb. B. I § 14 Nr. 8.

Digitized by Google

Standorte des Letzteren, der Beschaffenheit des Nachbargrundstücks u. s. w. bald nach Hälften, bald nach Dritteln zwischen den Eigenthümern der aneinandergränzenden Grundstücke getheilt wurde, verschwunden und erscheinen nur als letzte Ausklänge in Württemberg[314]), im Kanton Glarus[315a]) und im Kanton Appenzell.[315b]) Eine Theilung der übergefallenen Früchte unter Hinweis auf die Gültigkeit der diesbezüglichen Bestimmungen in der Gegenwart wird u. A. auch in von der Nahmer's „Handbuch des rheinischen Particularrechts" und bei Kopp, „Handbuch zur Kenntniss der Hessen-Casselischen Landes-Verfassung und Rechte" erwähnt.[316a])

[314]) In Württemberg gilt noch die Bestimmung der würtemberger Bauordnung von 1655, der zu Folge der Nachbar berechtigt ist, von den übergefallenen Früchten zwei Theile aufzusammeln; den dritten Theil muss er, wenn sein Grundstück eingefriedigt ist, dem Baumeigenthümer ausliefern oder, sofern das Grundstück keine Einfriedigung besitzt, dem Baumeigenthümer liegen lassen. Vgl. hierzu Reyscher, das gemeine u. württembergische Privatrecht B. III § 285; v. Weishaar, Handb. d. würtemberg. Privatr. B. II § 527 sub 4 (3. Aufl.); Bierer, Handbuch u. s. w. B. I § 104 N. 2 (S. 261). Reyscher führt aber auch daneben die Winzerhauser Dorfordnung, welche dem Nachbar den vollen Überfall zuspricht, an (a. a. O. III S. 11 Anm. 8). Für die Frage des Überfalls im württemberg. Rechte vgl. ausserdem S. J. Kapff: de eo quod circa glandes iustum est. Tub. 1775 und Klüpfel, über einz. Theile des bürgerl. R. S. 217—221.

[315a]) Bürgerliches Gesetzbuch für den Kanton Glarus § 38: „Wenn ein Obstbaum an der Gränze zweier im Privatbesitze befindlicher Grundstücke steht so gehört von allem Obst, welches auf des Nachbars Grund und Boden fällt, diesem diese Hälfte die andere Hälfte aber dem Eigenthümer des Baumes". Eine Sonderstellung nehmen die überhängenden Früchte der Kirschbäume ein: „Kirschen mag der Nachbar auf seinem Boden so viel gewinnen, als er ohne Beschädigung des Baumes mit einem gewohnten Hacken erlangen kann". Wenn aber der Eigenthümer des Baumes zum Gewinne der Kirschen auf des Nachbars Boden eine Leiter anstellt, so sollen die Kirschen gemeinschaftlich gesammelt und zwischen den beiden Eigenthümern gleich getheilt werden. — Aus dem Gebiete der franz. Schweiz vgl. Code rural du Canton de Vaud art. 54: „Les fruits de ces branches se partagent entre les deux propriétaires par égale portion". Rücksichtlich des Laubes der überhängenden Zweige bestimmt dasselbe Gesetzbuch: „Celui, sur la propriété du quel avancent les branches des arbres du voisin a droit à la totalité des feuilles, qui tombent naturellement sur son terrain".

[315b]) Nach dem Appenzeller Landbuch art. 122 sollen „wo fruchtbare Bäume stehen das Anriss auf der Seite da es fällt entzwey getheilt werden und jedwederen halb zu dienen man schüttele es oder es falle sonst, ausgenommen, wenn ungestüme Winde vorhanden, als es dann nach der Billigkeit freundlich, nachbarlich, treulich und ungefährlich getheilt werden solle".

[316a]) Breidenbacher Landsbrauch bei von der Nahmer II S. 890, sowie Kopp a. a. O. B. I S. 465.

Digitized by Google

Der Hauptunterschied, auf dessen häufige Verkennung bereits oben hingewiesen wurde, besteht zwischen den einzelnen Particularrechten gegenwärtig darin, dass die Einen dem Nachbar sämmtliche Früchte der überhängenden Zweige, die Anderen ihm nur die übergefallenen Früchte zusprechen. Die Erklärung dieses Fruchtgenussrechtes des Nachbars ist dieselbe geblieben, wie sie im § 4 in Hinblick auf die älteren Quellen zur Darstellung gelangte: dem Nachbar soll für die Duldung der überhängenden Äste ein Äquivalent gewährt werden.[316b]) Diese Auslegung hat sogar in den neueren Gesetzgebungen an Boden gewonnen, und erhält ihre Unterstützung nicht nur in den Motiven und Commentaren zu denselben, sondern auch in der Fassung einzelner hier einschlagender Gesetzesparagraphen[317]).

Aus der Zahl der particularrechtlichen Darstellungen derjenigen Länder, in denen das gemeine Recht noch gegenwärtig seine Gültigkeit bewahrt hat, wird die Geltung des interdict. de glande legenda von Bertram ausdrücklich für Nassau[318]) behauptet, jedoch wird diese Behauptung sofort durch den Zusatz eingeschränkt, dass „in einem grossen Theil des nassauischen Gebietes Localgewohnheiten, wonach die deutschrechtliche Rechtsauffassung vom ... Überfall beibehalten ist, bestehen". Auf Grund derselben Überlegung wie oben bei Anm. 306 glauben wir die Frage

---

[316b]) Vgl. oben Anm. 203 und die daselbst Citirten: so Falck, Hesse, Bluntschli; ausserdem die Motive für den Entwurf des hessischen Gesetzbuches S. 118 an derselben Stelle. Von französischen Schriftstellern vgl. die Bemerkungen über die coutume de Bassigny art. 193 bei Guyot a. a. O. B. I S. 562: „qu'il est juste que le voisin . . . perçoive cette portion des fruits tombé de son côté, tant à cause de l'incommodité qu'il reçoit de l'arbre", und bei Motivirung der eignen Ansicht Guyot's: il est suffisament indemnisé du dommage que peut lui causer la proximité de l'arbre (bei Merlin, B. I. S. 461 unter „arbre" N. VIII); Troplong, droit civil expliqué, de la prescription Nr. 347. — Nur die Motive für das sächs. bürgerl. Gesetzbuch heben hervor, dass man mit der gesetzlichen Anerkennung des Genussrechtes des Nachbars an den übergefallenen Früchten den nachbarlichen Frieden habe sichern wollen (vgl. Siebenhaar, Commentar zu § 363).

[317]) Ich meine damit den Ausdruck des Preuss. Land. R. I, 9 § 289: Duldet er hingegen dieselben (die überhängenden Zweige), so ist er berechtigt, diejenigen Früchte sich zu zueignen u. s. w.; ebenso Lois civiles du Canton de Fribourg art. 472: „S'il veut souffrir les branches, qui avancent sur son fond, il peut cueillir les fruits qu'elles portent . . . ." — Vgl. für diese Ausdrücke auch Kümpel, Handb. des herzogl. Sachs.-Meining. Privatr. S. 172; Dernburg a. a. O. I § 220; Grefe, Hannovers Recht B. II S. 109; Heimbach, a. a. O. § 316 sub 8.

[318]) Bertram, Das nassauische Privatrecht § 215 (S. 80) und § 216.

der Anwendung des interd. de glande legenda in Hinblick auf Meklenburg, Braunschweig, Hamburg und Waldek bejahen zu müssen.

Die deutschrechtlichen Grundsätze des Überfalls gelten vor Allem in Hannover[319]), S.-Weimar, S.-Meiningen, S.-Gotha, S.-Altenburg, Anhalt, den beiden Fürstenthümern Reuss und in Schwarzburg-Rudolstadt[320]), und zwar räumen die für diese Gebiete maassgebenden particularrechtlichen Darstellungen übereinstimmend dem Nachbar das Recht ein, sämmtliche Früchte der überhängenden Zweige sich zuzueignen, während Paulsen und Falck hinsichtlich Schleswig-Holstein's dem Nachbar nur die auf sein Grundstück übergefallenen Früchte zusprechen.[321]) In dem letztgenannten Sinne ist auch die noch gegenwärtig geltende Bestimmung der Frankfurter Reformation in der Ausgabe von 1611 VIII tit. 13 § 2:

Was sonst von des Baumes Esten uber dess Nachbarn Gut

[319]) Grefe, Hannovers Recht S. 109; Grefe bezweifelt jedoch eine allgemeine Geltung der im Text genannten Rechtsregel. Vgl. von Ramdohr, Jurist. Erfahr. Thl. I, S. 34 fg.

[320]) Patent. vom 15. Juni 1819 (Reg. Bl. S. 101): „Da darüber oft Irrungen entstehen, welches Verfahren bei Ausmittelung des sogenannten Überhangs eintreten soll, so wird als Regel, insofern nicht durch Verträge oder erweisliches Herkommen ein Anderes bestimmt ist, festgesetzt, dass in der Mitte der Furche, welche die Grenze der Grundstücke macht, eine lange Stange, die zwischen den Aesten des Baumes durchgeht, perpendicular aufgerichtet werden und alles Obst, was an den Aesten, die über die Furche hinüber, auf des Nachbars Stück reichen, hängt, dem Nachbar gebühren, ihm sogar das Abnehmen desselben im Beiseyn des Eigenthümers des Baumes gestattet seyn soll . . .“ (Emminghaus, a. a. O. S. 445 Anm. 1). Vgl. ausserdem Sachse, Handbuch u. s. w. S. 465 und Völker, a. a. O. § 247 (S. 325).

Kümpel, a. a. O. § 280 sub 4; unter Berufung auf Ssp. II, 52, wobei jedoch Kümpel jedenfalls den Zusatz der Glosse zu II, 52 im Auge hat.

Brückner, Handbuch § 465.

Hesse, Handbuch § 209 (S. 159).

Heimbach, Lehrb. des particulären Privatrechts u. s. w. § 316 sub 8.

Günther von Bamberg, das Schwarzburg-Rudolstädt. Privatr. S. 52 und 118.

[321]) Paulsen, Lehrbuch des Privatr. des Herzogth. Schleswig u. Holstein, 2. Aufl. § 56 bei Anm. 6; Falck, Handbuch B. V S. 160 (§ 111). Für das hiermit übereinstimmende livländische Recht vgl. Bunge a. a. O. I § 136 und auf der andern Seite v. Buddenbrock, Samml. der livländ. Ges. B. I S. 212 Anm. a zu Cap. 163. — Ebenso gelten die deutschrechtlichen Grundsätze rücksichtlich des Überfalls der Früchte im dänischen und norwegischen Rechte; vgl. Hurtigkarl, Danske og Norske Ret D. II B. I S. 208.

Digitized by Google

hangen von Obs wächsst vnd auff desselben Grund abfellt soll desselben Nachbars seyn vnd bleyben,

auszulegen. Der Sinn dieser Stelle ist nicht, wie Bender[321a]) behauptet, der, dass dem Nachbar das überhängende und überfallende Obst gleichmässig zugesprochen wird, vielmehr wird der Erwerb der Früchte der überhängenden Zweige seitens des Nachbars davon abhängig gemacht, dass sie sich vom Baume getrennt haben und auf das Nachbargrundstück zu liegen gekommen sind.[322])

Von den wichtigeren Legislationen verfolgen denselben Grundsatz der Codex Maximilianeus[323]) und, entgegen der früher in Sachsen geltenden Doctrin, das Bürgerl. Gesetzbuch für d. Kgr. Sachsen. Ersterer bestimmt im II. Th. 3. Kap. § 20, 2:

„Wem nun 2do das Gut selbst zugehört, dem gehören „auch regulariter die Früchte zu, sofern nicht ein anderer das Recht dazu hat, wie z. B. ein Nutzniesser oder Pachter der Gutsnutzungen oder der Nachbar in Ansehen der Baumfrüchte, welche von den auf seinen Grund hinüber hangenden Aesten abfallen."

Merkwürdiger Weise hat der „Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. für das Kgr. Bayern" diesen von dem Cod. Maxim. verfolgten Weg verlassen und dem Nachbar „die auf seinen Grund von dem Baume des Nachbarn überhängenden Früchte" unabhängig davon, ob sie auf seinen Grund übergefallen sind, zugesprochen[324]), während wieder der im Übrigen mit dem bayrischen Entwurfe in den Fragen des Überhangs und Überfalls nah verwandte Entwurf eines Civilgesetzbuchs für Hessen-Darmstadt in Art. 81 Abs. 2 bestimmt:

„Auch gehören ihm (dem Nachbar) die von denselben (den

[321a]) Bender, Lehrb. des Privatr. der freien Stadt Frankfurt S. 99 Anmerkung *.

[322]) Übereinstimmend: Orth, Frankfurter Reformation Th. VIII tit. 13 (Forts. III S. 579).

[323]) Vgl. Kreittmayr, Commentar zum Cod. Maxim. Bav. civ. B. II S. 361; Roth, Bayrisches Civilrecht B. II § 144, I, 5. Die neben dem Cod. Maxim. geltenden Sonderrechte sind bereits oben im § 4 besprochen (so: Fuldaisches Privatr. § 155 bei Weber, a. a. O. B. III S. 980; Schweinfurt. Statutar-Recht bei Weber III S. 665; Statuten der vormaligen Reichsabtei Ochsenhausen § 21 bei Weber IV S. 295 u. a.).

[324]) Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. f. d. Kgr. Bayern Th. III Hauptst. III Art. 199: „Macht der Grundeigenthümer von dem ihm nach Art. 198 Abs. I zustehenden Rechte keinen Gebrauch, so gehören ihm die auf seinen Grund von dem Baum des Nachbarn überhängenden Früchte".

Digitized by Google

„überhängenden Zweigen) auf sein Grundstück herab-
„fallenden Früchte",

und ausdrücklich in den Motiven hierzu S. 118 bemerkt, dass „man dem Baumeigenthümer das Ansichziehen und Langen nicht habe verwehren wollen, im Übrigen aber die herabfallenden nicht die hängenden Früchte als stillschweigend zugestandenen Entgelt für die vom Stammeigenthümer hängen gelassenen Zweige gedacht habe".

Wie bereits angedeutet wurde, brachte das frühere sächsische Recht vor dem Jahre 1863 unterstützt durch die Theorie eines ius aeris und unter Berufung auf Weichb. cap. 126 (Zobel) fast ausnahmslos den Satz „vnd henget obs in seinen hoff, das ist zu recht sein" zur Anwendung.[325]) Nur der Leipziger Schöffenstuhl vertrat in einem Urtheil vom Jahre 1630[326]) die dem Bürgerl. Gesetzbuche verwandte Ansicht der Glosse zum Ssp., und fand hierin in Carpzow[327]), Fachs u. a. vereinzelte Anhänger.

Das Bürgerliche Gesetzbuch f. d. Kgr. Sachsen selbst hebt im § 363 ausdrücklich hervor, dass die auf das Grundstück des Nachbars überhängenden Früchte dem Eigenthümer des Stammes gehören und fügt nur beschränkend hinzu, dass Letzterer, im Gegensatz zu den Anordnungen des römischen Rechts, zum Behufe ihrer Abbringung das Grundstück des Nachbars nicht wider dessen Willen betreten darf. Der Eigenthümer des Stammes ist demnach berechtigt, in Ausübung seines Eigenthumsrechtes von seinem

---

[325]) Berger, Oecon. lib. II tit. 2 th. 17 n. 2; Beyer l. c. Pand. lib XLIII, 28; Schott, inst. jur. Sax. L. II S. II. § 20; Curtius a. a. O. § 535 (III Aufl.); Haubold, a. a. O. § 362 a. E.; Schmidt a. a. O. S. 257; Siebenhaar Commentar zu § 363; — Vgl. auch Erkenntn. des Oberappell.-Ger. v. 16. Jan. 1863 (VI, S. 386 ff.), und vom 28. Mai 1863 (Annal. a. F. B. VII S. 393); von älteren Erkenntnissen vgl. das Urtheil der Fac. Wittenberg (1705) bei Wernher l. c. 426.

[326]) Urtheil in Sachen Petr. Ferbers zu Lommatzsch (1630): „Stehen in Eurem Garten etliche Obstbäume hart an den Zaune also dass die Zweige in Eures Nachbarn Garten hengen und wenn ihr selbige Bäume schüttelt die Früchte von solchen Zweigen in des Nachbars Garten fallen etc., so verbleiben solche Früchte nach Sachsenrecht dem Nachbar billig und ihr seyd dieselbige in seinem Garten auffzulesen nicht befugt. V. R. W." (abgedruckt bei Carpzow, ps. III const. 32 def. 25 und bei Fachs, diff. iur. civ. Saxon. d. 14).

[327]) Carpzow, ps. III const. 32 def. 25: At de jure Saxonico fructus ex ramis mearum arborum decidentes in fundum vicini ad ipsum vicinum pertinent.

Digitized by Google

Grundstücke aus die Früchte der überhängenden Zweige, welche er erlangen kann, abzunehmen, während einerseits der Nachbar in Übereinstimmung mit der weitüberwiegenden Anzahl der älteren deutschen Rechtsquellen in eine abwartende Stellung gedrängt ist, und nur die vom Baume losgelösten und auf sein Grundstück gefallenen Früchte aufsammeln darf.[328]) Gleichgültig ist es hinsichtlich des letztgenannten Punktes, auf welche Weise die Trennung der Früchte vom Baume erfolgt ist; dem Nachbar gehört deshalb, ebenfalls wieder in Übereinstimmung mit den älteren Rechtsaufzeichnungen, auch der bei dem Schütteln des Baumes durch den Eigenthümer desselben gewonnene Überfall.

Die hier einschlagenden §§ des preussischen Landrechts sind gleich den diesbezüglichen Bestimmungen des oesterreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs im Vorhergehenden bereits so vielfach angeführt worden, dass es nur noch erübrigt, auf einige Hauptpunkte des preuss. Rechts aufmerksam zu machen, während hinsichtlich des oesterr. Rechts auf die Ausführungen bei Anm. 286 ff. verwiesen werden kann.

Gleich dem bürgerl. Gesetzb. f. d. Kgr. Sachsen spricht das Pr. L.-R. dem Eigenthümer des Stammes das Eigenthum an sämmtlichen Früchten des Baumes einschliesslich derjenigen der auf das Nachbargrundstück überhängenden Zweige zu[329]). Der Stammeigenthümer ist befugt, sein Eigenthumsrecht durch Einerntung aller Früchte, die er von seinem Grundstücke aus, „ohne den Grund des Nachbars zu berühren" (I, 9 § 289), erreichen kann, geltend zu machen.[330]) Das Pr. L.-R. unterscheidet sich nur dadurch von

---

[328]) Schmidt, Vorles. B. I S. 257; Siebenhaar, Lehrb. des sächs. Privatr. S. 359 ff.; Wengler u. Brachmann, a. a. O. zu § 363; Siebenhaar, Commentar, zu § 363, daselbst auch die Motive. — Dem Baumeigenthümer ist es nicht verwehrt, die überhängenden Zweige, auch wenn sie mit Früchten behangen sind, zu beseitigen. Vgl. hierzu das preuss. Land-R. I, § 291: „Dagegen ist der Eigenthümer des Baumes die auf den Grund des Nachbars hinüberhängenden Zweige auf seinem eigenen Grund und Boden wegzuhauen wohl befugt". Hierüber sind besonders die Ausführungen Gruchot's (Beiträge B. VII S. 128) zu vergleichen. — Vgl. auch Pfyffer, Erläuterungen des bürgerl. Gesetzb. des Kantons Luzern II Th. S. 87.

[329]) Dies ergiebt sich vor Allem aus § 294 des Pr. L. R. I, 9:
„Auch die Früchte, welche nach erfolgter Wegschaffung an dem „Baume noch befestigt sind, gehören dem Eigenthümer",
ebenso wie aus der Gegenüberstellung des § 290 und 291 des Pr. L. R. I, 9.

[330]) Vgl. zu diesen §§: Koch, a. a. O. B. I zu I, 9 S. 289 ff.; Förster, a. a. O. § 173 sub 3; Dernburg, a. a. O. § 220 bei Anm. 14; Kayser, a. a. O. bei Gruchot B. XXI S. 85 f. und Gruchot B. VII S. 122 ff.

Digitized by Google

dem sächs. Gesetzb., dass es den Stammeigenthümer in ungleich höherem Maasse beschränkt und die ebenangeführte aus § 289 entnommene Befugniss desselben dahin einengt, dass der Eigenthümer

> „dergleichen Früchte (d. h. die der überhängenden Zweige) . . . . nicht mit Instrumenten herüberlangen, oder durch das Herüberbeugen der Aeste an sich ziehen darf".[331])[332])

Auf der Seite des Nachbars dagegen zeigt sich ein Unterschied zwischen dem sächs. Gesetzb. und dem Pr. L.-R. darin, dass Letzteres in I, 9 § 289 den Erwerb der an den überhängenden Ästen wachsenden Früchten für den Nachbar nicht davon abhängig macht, dass sich diese Früchte von dem Baume losgelöst haben und auf das Nachbargrundstück gefallen sind, sondern den Nachbar kurzweg diejenigen Früchte zuspricht, welche

> „der Eigenthümer nicht einsammeln kann, ohne den Grund „des Nachbars zu berühren".

Diese Bestimmung steht insofern mit dem im Vorhergehenden citirten § 290 in Zusammenhang, als sich bei der Einengung des Ernterechts des Baumeigenthümers mit Sicherheit bestimmen lässt, welche Früchte dem Letzteren ein für alle Mal entzogen sind, während im Bürgerl. Gesetzb. f. d. Kgr. Sachsen, da dieses dem Baumeigenthümer keine dem preuss. Land-R. I, 9 § 290 ähnliche Beschränkung auferlegt, erst mit dem Abfallen der Früchte auf das Nachbargrundstück die Möglichkeit einer Apprehension derselben durch den Baumeigenthümer ausgeschlossen wird.[333])

---

[331]) Hiermit übereinstimmend die Auslegung des bürgerl. Gesetzb. für den Kanton Luzern § 284 von Pfyffer: „Dergleichen Früchte darf also der Eigenthümer des Baumes weder auf dem fremden Grunde einsammeln, noch durch Lenkung der Aeste oder durch Werkzeuge an sich ziehen . . ."

[332]) Der Stammeigenthümer ist demgemäss wie in mehreren älteren deutschen Quellen auf den Gebrauch seiner Hände angewiesen, er darf jedoch überdies, wie es im Wortlaute des Gesetzes ausdrücklich ausgesprochen ist, die Aeste nicht durch das Herüberbeugen . . . an sich ziehen". Übereinstimmend Kayser, a. a. O. S. 85. Vgl. die Motive zum Entwurfe des Gesetzbuchs für Hessen-Darmstadt S. 118 und oben Anm. 244 fg.

[333]) Für die in den einzelnen preussischen Provinzen hinsichtlich des Überfalls geltenden Rechtsnormen vgl. ausser den bei Anm. 319, 321 u. anderw. Genannten: Maurenbrecher, Die rheinpreuss. Landrechte B. II S. 652 ff.: Geldernsches Landrecht Th. II tit. 5 § 7: Der sijne Aeft — Boomen hangende heeft met die tacken over sijns Naebuers Erve, moet die overhangenden tacken afhouwen ofte moet sijnen Naebuer laeten volgen die helft von alle die Vruchten, die alsoo overhangende zijn, d'welck den Naebuer van beyden't beste belieft; Mittermaier, a. a. O. macht ausserdem noch auf das Provinzialrecht von

Digitized by Google

Wie fest das preussische Recht von der Richtigkeit dieser Sätze und ihrer Brauchbarkeit für die Praxis überzeugt war, beweist die Thatsache, dass es dieselben auch bei den späteren Versuchen einer Gesetzesneugestaltung in fast unveränderter Form bewahrte. So bestimmt der hier in Betracht kommende „revidirte Entwurf des Allgemeinen Landrechts" vom Jahre 1834 (als Manuscript gedruckt) und in Übereinstimmung hiermit der nochmals unter dem Titel eines „Bürgerlichen Gesetzbuchs für die preussischen Staaten" im Jahre 1840 im Druck erschienene Entwurf im II Theil Tit. II Abth. V § 290:

„Die Früchte hinüberhängender Zweige gehören dem Nach-„bar soweit der Eigenthümer des Baumes dieselben nicht „einsammeln kann, ohne den Boden des Nachbars zu be-„rühren. Auch darf der Eigenthümer dergleichen Früchte „nicht mit Instrumenten herunterlangen oder durch das „Hinüberbeugen der Äste an sich ziehen; derselbe ist aber „befugt, die über die Gränze hängenden Zweige auf seinem „eigenen Grund und Boden wegzuhauen."[334])

Der § 292 des Pr. L.-R. I, 9 selbst erweitert den Kreis des § 290 Pr. L.-R. I, 9 überdies durch die gleichfalls von dem Entwurfe von 1834 bezieh. 1840 beibehaltene Bestimmung:

„Früchte eines an der Gränze stehenden Baumes, welche „durch die Gewalt des Windes über die Grenze getrieben „werden, ist der Nachbar sich zuzueignen berechtigt".

Der Entwurf von 1834 bezieh. 1840 setzt hierfür nur in Th. II Tit. II Abth. V § 291 die allgemeinere Fassung:

„Die durch Zufall auf den Grund und Boden des „Nachbars gefallenen Früchte kann der Letztere sich „zueignen",

ein.

Der Grund für diese letztgedachte Gesetzesentscheidung des Pr. L. R. ist m. E. darin zu suchen, dass der Gesetzgeber allen Streitigkeiten der Grundstücksnachbarn über den Ursprung der übergefallenen Früchte — darüber, ob dieselben Früchte der überhängenden Früchte oder nichtüberhängenden Zweige gewesen — vorbeugen

---

Berg § 29 aufmerksam. — Die ost- und westpreussischen Provinzialrechte enthalten keinen von dem Pr. L. R. abweichenden Zusatz; ebensowenig findet sich ein solcher in dem „revidirten Entwurfe des Provinzialrechts des Herzogthums Sachsen" (1841).

[334]) Die gleichfalls als Manuscript gedruckten Motive hierzu vom Jahre 1834 (I. Th.) machen nur kurz auf die Zusammenziehung der getrennten §§ des Pr. L. R. in einen einheitlichen § aufmerksam.

Digitized by Google

wollte. Ein Ausschluss der Annahme, dass für das Überfallsrecht des preuss. Land-Rechts, gleichwie für die übrigen neueren Gesetzgebungen, der Gedanke einer Entschädigung des Nachbars („der den bösen Tropfen geniesst, geniesst auch den guten") die Grundlage gebildet hat, wird durch diese aus legislatorischen Gründen vorgenommene Erweiterung nicht bedingt.[385])

Auffallender Weise versäumt der Code Napoléon, die Frage des Überfalls der Früchte auf das Nachbargrundstück zu entscheiden, — ein Mangel, dessen Grund von den französischen Rechtsgelehrten sowohl, wie von den deutschen Schriftstellern über den C. N. mehr in einem blossen Versehen, als in einer beabsichtigten Auslassung seitens der Gesetzesredaktoren gesucht wird.[386]) Mag dem sein, wie ihm wolle, jedenfalls hat sich die Nothwendigkeit des Versuchs einer Ergänzung dieser Lücke und der Schaffung einer Handhabe für die Praxis unabweisbar geltend gemacht und sind deshalb französische und deutsche Theoretiker bestrebt gewesen, eine Lösung von dem Standpunkte allgemeiner Principien zu finden.

Ausgeschlossen ist die Möglichkeit einer Ergänzung des Gesetzes durch die zahlreichen älteren Gewohnheitsrechte, welche im § 4 vergleichsweise erwähnt worden sind[387]), denn art. 7 des Gesetzes vom 30. Ventôse an XII (21. März 1864) bestimmt ausdrücklich, dass mit dem Tage, an welchem der C. N. in Kraft träte,

---

[385]) Vgl. Gruchot, B. VII S. 127: „Auch der blosse Nutzungsberechtigte hat auf die überhängenden Früchte Anspruch . . . . . zumal Jener die Nachtheile empfindet, die durch diesen Fruchtgenuss aufgewogen werden." Dieselbe Bemerkung auf S. 127 unten. — A. A. hinsichtlich der Interpretation des Pr. L. R. § 290 u. 292: Kayser a. a. O. S. 85. Kein Gegengrund ist, dass der Nachbar die abgehauenen Zweige an den Baumeigenthümer herausgeben muss (so Kayser, a. a. O.), zumal ja, wie wir oben gesehen haben, der Nachbar befugt ist, die Rückerstattung der ihm aus der selbständigen Beseitigung der Zweige erwachsenen Kosten zu verlangen.

[386]) Ebenso wenig wie der Code Napoléon selbst, entscheiden diese Frage die mehrfach erwähnten mit ihm in engstem Zusammenhange stehenden Gesetzbücher für Belgien, Holland (Burgerlijk Wetboek), Italien (Codice civile del Regno d'Italia; in gleicher Weise C. c. per gli stati . . . di Sardegna und C. c. per lo Regno delle due Sicilie u. s. w.); Dieselbe Lücke im rumänischen Gesetzbuch (Codicele civilŭ).

[387]) Z. B. durch die coutume de Bassigny (Guyot, répertoire universel etc. B. 1 S. 562). die coutume de Paris (Guyot, a. a. O. S. 563), die coutume de Bretagne (Perchambaut, Comment. u. Guyot a. a. O.), die coutume de Normandie (Fournel, traité du voisinage S. 148, 4. Aufl. S. 153), die coutume de Bergh Saint-Vinoix, die coutume de Sédan (Fournel, a. a. O. S. 149 u. 150, 4. Aufl. S. 153 fg.) u. a.

Digitized by Google

„les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières, qui sont l'objet des dites lois composant le présent Code.“ [338])

Damit wurden, wie Behaghel richtig bemerkt [339]), nicht nur diejenigen bisher geltenden Bestimmungen aufgehoben, welche mit dem C. N. „unmittelbar oder folgerungsweise in Widerspruch stehen, sondern es trifft die Aufhebung unbeschränkt alle Gesetze über Lehren, welche in dem C. N. abgehandelt werden, soweit dieser nicht selbst wieder auf solche ältere Gesetze verweist.“ [340])

Da so eine Beantwortung der Frage nach der rechtlichen Behandlung des Überfalls auf historischer Grundlage ausgeschlossen ist, so können auch nur diejenigen Erklärungsversuche in Betracht kommen, welche bemüht sind, eine Lösung unter Beibringung theoretischer Gründe zu erzielen; und zwar theilen sich dieselben in drei Hauptgruppen, deren Erste unter verschiedenen Modificationen dem Nachbar ein Recht auf die abgefallenen Früchte des Überhangs einräumt, während die Zweite mit Entschiedenheit das Eigenthumsrecht des Stammeigenthümers und die Möglichkeit einer Realisirung desselben auch in Anbetracht der auf das Nachbargrundstück übergefallenen Früchte betont. Die dritte Gruppe endlich constatirt zugleich mit dem Vorhandensein einer der Ergänzung auf legislativem Wege bedürfenden Lücke die Unmöglichkeit einer vollen Befriedigung des Baumeigenthümers. [341])

---

[338]) Vgl. Duranton, Cours de droit français (IV. Ausg.) B. V S. 430. Ausserdem hierzu Demolombe, Cours de Code Napoléon, B. XI S. 564; Pardessus, traité des servitudes B. I S. 442 und Laurent, Principes de droit civil B. VIII S. 39; ebenso Boileux, Commentaire sur le C. N. (VI. Ausg.) B. II S. 870.

[339]) Behaghel, a. a. O. B. I S. 37 (2. Aufl.).

[340]) Hiermit stimmt das badische Landrecht in dem I. Einführ.-Edikt XVII u. A. 6b vgl. mit A. 1390 überein (Behaghel, a. a. O.). — Ergänzend wirkt z. B. das Herkommen (usage) in Art. 590, 593, 608, 663, 674, 1648, 1736, 1748, 1753 u. s. w.

[341]) Darüber, dass die an den überragenden Ästen noch befindlichen Früchte Eigenthum des Baumeigenthümers sind, und von dem Nachbar nicht gepflückt werden dürfen, herrscht Einverständniss. Vgl. Mourlon No. 1777; Pardessus, B. I No. 196; Vuillaume, S. 182; Dalloz, I S. 197; Marcadé, zu art. 672; Thilo, S. 166; Zachariae von Lingenthal § 242 Anm. 4 (die genauere Angabe der hier in Frage kommenden Werke siehe in den unmittelbar folgenden Anmerk.). — Diesen ausdrücklichen Satz enthält auch G. L. Drebing Common law der vereinigten Staaten von Amerika (1866) S. 482.

Digitized by Google

Zu der erstgenannten Gruppe gehören Troplong, Vazeille und Duranton und von deutschen Schriftstellern vor Allem Thibaut, Thilo und Behaghel; Letzterer für das badische Landrecht, welches in dieser Frage das Schicksal des Code Napoléon theilt.

Bei der Begründung dieser ihrer Ansicht fussen Troplong[342]) und Duranton[343]) auf dem deutschrechtlichen Gedanken der Entschädigung des Nachbars für die mit der Duldung der überragenden Zweige verknüpften Nachtheile. Duranton fügt noch hinzu, dass man diese auf das Nachbargrundstück gefallenen Früchte

> „comme chose presumée abandonnée en indemnité du tort, que lui cause l'ombrage des branches",

betrachten müsse.

Es bedarf wohl kaum des besonderen Hinweises, dass diese Ergänzung einer Gesetzeslücke des C. N. unstatthaft ist; Laurent bemerkt in fast zu strengen Worten mit Bezug auf Beide[344]):

> „Cela s'appelle faire la loi, et il nous semble que c'est la faire très-mal."

Keine irgendwie stichhaltige Motivirung vermag ich auch in den Worten Vazeille's[345]), mit denen er seine in der Sache mit Troplong und Duranton übereinstimmende Ansicht begleitet, zu finden:

> „Le propriétaire du fonds, sur lequel les fruits tombent, a droit, de les garder; et non peut fort bien supposer, qu'il ne souffre les branches au-dessus de son sol, qu'à raison des fruits qu'il en attend".

Von welchem Beweggrunde der Nachbar zur Duldung des Über-

---

[342]) Troplong, droit civil expliqué, — de la prescription Nr. 347.

[343]) Duranton, Cours de droit français (IV Ausg.), B. V unter Nr. 400 (S. 432). — Vgl. auch Merlin; répertoire universel et raisonné de jurisprudence B. I S. 461 (unter „arbre"): Je préférerais la jurisprudence établie par le premier des res arrêts (d. h. durch die coutume de Bassigny, welche Theilung der Früchte zwischen den beiden Grundstücksnachbarn verlangt), en ce qu'il ne semble pas juste, que le propriétaire de l'arbre cultivant seul les branches qui pendent sur l'héritage du voisin soit privé en entier du fruit des ces branches; et qu'au contraire il parait qu'en attribuant la moitié de ces fruits au voisin; il est suffisamment indemnisé du dommage, que peut lui causer la proximité de l'arbre.

[344]) Laurent, Principes de droit civil B. VIII S. 38; — Gegen Troplong und Duranton vgl. auch Marcadé, Explication théorique et pratique, zu art. 672 (V. S. 607).

[345]) Vazeille, traité des prescriptions etc. B. I. S. 133.

Digitized by Google

hangs geleitet wird, ist zweifellos für die Gestaltung des Rechtsverhältnisses hinsichtlich der späterhin an den überragenden Zweigen wachsenden Früchten vollkommen ohne Einfluss.

Während es weiterhin Behaghel bei der kurz vorher erwähnten Behauptung bewenden lässt, und Thilo[346]) sich zum Beweise seiner Ansicht auf Duranton stützt, schlägt Thibaut[347]) einen von Vazeille und Duranton verschiedenen Gedankengang ein, dessen Besprechung sich jedoch geeigneter mit der Behandlung der zweiten Hauptgruppe verbinden lässt.

Ehe wir aber zu den Vertretern der Letzteren übergehen, bedarf es noch der Vorwegnahme und Rechtfertigung Delvincourt's[348]), dessen Ansicht in der Regel mit der Troplong's und Duranton's auf eine Stufe gestellt und gegen welchen am häufigsten in den Commentaren und Lehrbüchern auf Grund unrichtiger Auslegung eine scharfe Polemik eröffnet wird. Die Worte, welche hierzu Veranlassung gegeben haben, sind folgende: Delvincourt wirft die Frage auf,

> „quid à l'égard des fruits pendant aux branches qui avan-
> „cent sur le terrain du voisin?“

und beantwortet dieselbe:

> „Ils appartiennent toujours au propriétaire de l'arbre. Le voisin a le droit d'exiger l'ébranchement. Mail s'il ne l'a pas exigé, il ne peut pas s'approprier les fruits. Cependant je ne pense pas, comme quelques auteurs, que si le champ voisin est clos, la propriétaire de l'arbre ait le droit d'y entrer pour cueillir son fruit; se cueillera de chez lui tout ce qu'il pourra. Le reste sera perdu pour lui, sauf la bonne volonté du voisin.“

Hieraus hat man gefolgert, dass Delvincourt zwischen eingezäunten und nichteingezäunten Grundstücken unterschied und dem Baumeigenthümer rücksichtlich der Letzteren das Recht einräumte, die übergefallenen Früchte auf dem Nachbargrundstücke persönlich aufzulesen, bezieh. die überhängenden von dem Grund und Boden des Nachbars aus abzupflücken, während bei befriedigten Grundstücken die Früchte dem Nachbar zufielen (so Zachariae, Marcadé u. a.)[349]). Die gegen diese angebliche Meinung Delvin-

---

[346]) Thilo, Die Controversen des französ. Civilrechts (1841) S. 166.

[347]) Thibaut, Lehrb. des französ. Civilrechts (herausgeg. von Guyet) § 179.

[348]) Delvincourt, cours de code civil B. III S. 56 ff. (Ausg. von 1827).

[349]) Ebenso Sirey, les codes annotés (III Ausg.), unter art. 673 (S. 372). Im Übrigen constatirt Sirey nur die Controverse.

Digitized by Google

court's vorgebrachten Gegengründe: „Die Unterscheidung Delvincourt's entbehre der inneren Begründung, da das Recht des Eigenthümers durch das Betreten eines nicht eingefriedigten Grundstücks ebenso verletzt wird, als durch das eines eingefriedigten" (Zachariae u. a.), sind unschwer zu beschaffen gewesen, dieselben kämpfen jedoch nicht gegen Delvincourt, sondern nur gegen eine von den Interpreten selbst geschaffene irrige Auslegung seiner Worte. Delvincourt beabsichtigt ein Mal nicht im Mindesten mit den Worten „si le champ voisin est clos" einen Gegensatz zwischen eingefriedigten und nicht eingefriedigten Grundstücken herzustellen, vielmehr will er damit nur sagen, dass, wenn das Grundstück für den Baumeigenthümer verschlossen, d. h. ihm der Eingang verwehrt ist, dieser auch nicht auf Grund einer Legalservitut beanspruchen kann „d'y entrer pour cueillir son fruit". Weiterhin aber spricht Delvincourt nirgends von einer Aneignung der Früchte durch den Nachbar; er setzt sogar im Gegentheil seinen Schlussfolgerungen voran, dass, wenn der Nachbar die Beseitigung der überhängenden Zweige nicht gefordert hat „il ne peut s'approprier les fruits", und behauptet auch kein Aneignungsrecht des Nachbars für den Fall, dass dem Baumeigenthümer der Eintritt versagt ist. Unter den letztgenannten Umständen sind — so schliesst Delvincourt — die Früchte verloren: Dem Nachbar verbietet ihre Aneignung der ebenerwähnte Grundsatz — „il ne peut s'approprier les fruits", — dem Baumeigenthümer ist der Zugang zu ihnen abgeschnitten, „sauf la bonne volonté du voisin".

Damit haben wir bereits diejenigen Punkte berührt, um welche sich die Erklärungsversuche der Vertreter der zweiten Hauptgruppe d. h. derjenigen, welche dem Baumeigenthümer den Fruchtgenuss der überhängenden Zweige zu sichern suchen, krystallisiren. Im Einzelnen sind sie bemüht, dieses ihr Ziel auf dreifache Weise zu erreichen, und zwar stützt sich hierbei die numerisch überwiegende Zahl, — bestehend aus Dalloz, Pardessus, Toullier, Vuillaume und Boileux[350]) — auf eine dem Baumeigenthümer gesetzlich eingeräumte Wegegerechtigkeit,

> „une passage nécessaire" — „une servitude établie par les lois du bon voisinage" (Boileux, Toullier),

welche denselben in den Stand setzen soll,

---

[350]) Dalloz, répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrin et de jurisprudence B. I S. 197; Pardessus, traité des servitudes B. I no. 196 (S. 442); Toullier, le droit civil français B. II no. 517 (S. 232); Vuillaume, Commentaire analytique du C. N. S. 182; Boileux, Comment. sur le Code Napoléon (VI. Aufl.) B. II S. 870 u. 871.

Digitized by Google

„de forcer celui-ci (sc. den Nachbar) à lui livrer passage pour les aller cueillir" (Dalloz).

Zugleich heben die Genannten die Pflicht des Baumeigenthümers, den Nachbar für jeden ihm beim Betreten seines Grundstücks zugefügten Nachtheil zu entschädigen besonders hervor.[351])

Es ist hiergegen einzuwenden, dass eine Anwendung des art. 682, — wie sie theilweise vorgeschlagen wird, — sofern es sich in unserem Falle nicht um die Verbindung eines Grundstücks mit der öffentlichen Strasse handelt, ausgeschlossen ist. Die Construction einer gesetzlichen Wegegerechtigkeit „nach Analogie des art. 682" aber ist in demselben Maasse zu verwerfen, weil, wie Laurent treffend bemerkt, „les servitudes légales ne s'établissent pas par voie d'analogie, puisqu' elles sont de la plus rigoureuse interprétation".[352])

Die Behauptung endlich, es liege hier eine vollkommen selbständige aus den „lois du bon voisinage" unmittelbar herzuleitende Legalservitut vor, richtet sich selbst, sobald man sich das Widersinnige einer gesetzlichen Dienstbarkeit ohne Gesetz — die lois du bon voisinage sind nicht Gesetz — vor Augen führt.

Dementsprechend verwerfen auch Demolombe, Du Caurroy und Marcadé[353]) den Gedanken einer Legalservitut und suchen den Rechtstitel für das Betreten des Nachbargrundstücks durch den Baumeigenthümer darin, dass der Nachbar, damit, dass er die Ausbreitung der überhängenden Zweige gestattet, — „des branches, qu'il aurait eu le droit de faire couper, a tacitement consenti

[351]) „Il est bien entendu, que le voisin peut exiger une indemnité, si la récolte ou la chute des fruits lui cause quelque préjudice (Boileux); ähnlich Pardessus u. Vuillaume.

[352]) Laurent, VIII S. 39; hiergegen auch Duranton, B V. a. a. O.; Vazeille, B. I S. 133: „ . . . et pour la (la cueillette des fruits) faire dans ce fonds on aurait besoin d'une servitude de passage, qui ne peut s'acquérir que par titre": Zachariae von Lingenthal, II § 242. — Der Codigo civil Portuguez art. 2318 bestimmt: „O proprietario da arvore ou de arbusto confinante ou continguo a predio de outrem, tem o direito de exigir, que o dono do dicto predio lhe permitte a apanha dos fructos, que se não podérem recolher do seu lado; mas é responsavel por qualquer prejuizo" (der Eigenthümer des Baumes oder Busches, welche an das benachbarte Grundstück angränzen oder dasselbe berühren, hat das Recht zu verlangen, dass der Herr des gedachten Grundstücks ihm die Ernte der Früchte gestattet, welche sich von seiner Seite nicht erlangen lassen; er ist jedoch für jeden zugefügten Nachtheil verantwortlich].

[353]) Demolombe, Cours de Code Napoléon B. XI S. 564; Du Caurroy, Bonnier et Rouston, Comment. théorique et pratique etc. II, 309; Marcadé, Explication théorique et pratique du C. N. zu art. 672 (V. 607).

Digitized by Google

soit à remettre lui — même au propriétaire de l'arbre les fruits, qu'elles produiraient, soit à le laisser venir dans son fonds, pour en faire la récolte" (Demolombe).

Die Haltlosigkeit dieser Deduction liegt auf der Hand! Die Nichtausübung eines zu Gunsten des Nachbars geschaffenen Rechtes sollte eine Verbindlichkeit, und zwar eine Verbindlichkeit, welche jene von dem Nachbar geduldete Eigenthumsbeschränkung weit übertrifft, nach sich ziehen?[354])

So bleibt nur noch der letzte von Mourlon und Laurent gewählte Weg, — der Weg der Klagerhebung gegen den Nachbar auf Herausgabe der Früchte des Überhangs.[355]) Mourlon entscheidet sich kurz und ermächtigt den Baumeigenthümer „revendiquer les fruits tombés sur le sol de son voisin, qui sera alors forcé, de les laisser enlever, ou s'il préfère de les enlever lui-même et d'en faire la restitution". Der ungleich scharfsinnigere Laurent geht bedächtiger zu Werke und hebt zunächst, nachdem er mit strenger, sarkastischer Kritik die abweichenden Ansichten verworfen hat, hervor, dass der Nachbar, welcher die Früchte abpflückt oder sie in Aneignungsabsicht aufsammelt zur Auslieferung bezieh. Restitution derselben an ihren Eigenthümer verpflichtet sei. „Mais que faire si le voisin ne cueille pas les fruits?" Auch hier ist nach Laurent's Ansicht das einzig mögliche Mittel die Anstellung einer Klage den Nachbar, — „le voisin sera sommé de cueillir les fruits lui-même ou de les laisser cueillir". Die Motivirung hierfür erblickt Laurent darin, dass der Nachbar nicht berechtigt ist, fremde Gegenstände zurückzuhalten: Die Früchte sind Eigenthum des Eigenthümers des Baumes, „si le voisin les garde, il s'approprie une chose sur laquelle il n'a aucun droit".

Beiden Ansichten ist in dieser Fassung nicht beizupflichten. Wenn schon uns die Meinung Thibaut's in diesem Punkte zu eng erscheint[356]), so ist doch, um die Anstellung der rei vindicatio seitens des Baumeigenthümers gerechtfertigt erscheinen zu lassen,

---

[354]) „. . . car autre chose est de souffrir l'ombre, que les branches projettent sur notre héritage, autre chose est d'y souffrir la présence d'un étranger (Mourlon B. I, S. 854). Siehe gegen Demolombe und Marcadé auch Laurent, VIII S. 39 und Zachariae, § 242 Anm. 4.

[355]) Mourlon, Répétitions écrites sur le premier examen de Code Napoléon (IX ed.) B. I S. 854 No. 1777; Laurent, Principes de droit civil B. VIII S. 40.

[356]) Nach der Ansicht Thibaut's enthält der Code Napoléon deshalb kein dem interd. de glande leg. nachgebildetes Rechtsmittel, „weil er . . . im Ganzen keine Vindication der Mobilien kannte" (Lehrbuch des französ. Civilrechts § 179 u. 177).

Digitized by Google

nothwendig, dass eine Aneignung der Früchte durch den Nachbar erfolgt ist, — nur dann lässt sich art. 2279 auf den Überfall ausdehnen.[357]) Wie aber verträgt sich hiermit die Behauptung Laurent's, der Nachbar eigne sich dadurch, dass er den Baumeigenthümer am Betreten des von den Zweigen überragten Grundstücks hindere, die Früchte dieser Zweige an, da ja der Nachbar nicht ein Mal Detentor der mit den Ästen noch verbundenen Früchte ist? Hier würde erst durch die Klaganstellung, welche den Nachbar nöthigte, die überhängenden Früchte in Aneignungsabsicht zu pflücken, die rechtliche Unterlage für die rei vindicatio geschaffen! Mourlon kommt der Wahrheit, wenn auch vielleicht unbeabsichtigt, insofern näher, als er nur von dem Rechte des Baumeigenthümers „revendiquer les fruits tombés sur le sol de son voisin" spricht. Hier erwirbt der Nachbar den Besitz der übergefallenen Früchte, aber es kann ihm ja — dies berücksichtigt auch Mourlon nicht —, wennschon er dem Baumeigenthümer den Zutritt zu dem Grundstücke, auf welchem die übergefallenen Früchte liegen, versagt, die Aneignungsabsicht dieser Früchte vollständig fernliegen, er kann sogar diese Absicht dem Baumeigenthümer ausdrücklich zu erkennen geben und hierdurch auch der Präsumtion eines Aneignungswillens begegnen.

Es ist unter diesen Umständen m. E. das Richtige, in Übereinstimmung mit den Vertretern der dritten Hauptgruppe, Delvincourt und Zachariae von Lingenthal eine Lücke in dem Code Napoléon zu constatiren, die nur auf dem Wege eines Ergänzungsgesetzes ausgefüllt werden kann.[358]) Hierdurch unterscheiden sich die Genannten trotz enger Berührungspunkte von Mourlon und Laurent, welche mit Hülfe der von ihnen vorgetragenen Construction den Anforderungen der Praxis für alle Fälle genügt zu haben glauben. Der Baumeigenthümer ist somit auf das angewiesen, was er von den überhängenden Früchten von seinem Grundstücke aus erreichen kann, und kann weiter klageweise die Herausgabe

---

[357]) Im gemeinen Rechte wird bekanntlich über die Voraussetzungen der rei vindicatio gestritten und von Vangerow a. a. O. § 332 Anm. 3, Wächter, Pandekten § 143 u. a. unter Widerspruch angenommen, dass sich die rei vindicatio auch gegen den Detentor richte. Nach der engen Fassung des art. 2279 ist die letztere Annahme für den Code Napol. ohne Zweifel ausgeschlossen [vgl. auch Zachariae v. Lingenthal, § 185a und § 208 Anm. 2a (P.)]. Ein der actio ad exhibendum nachgebildetes Rechtsmittel kennt der C. N. nicht.

[358]) Zachariae von Lingenthal B. II § 242; über Delvincourt siehe oben Anm. 348.

Digitized by Google

derjenigen Früchte fordern, welche sich der Nachbar widerrechtlich zueignet, d. h. aufsammelt oder abpflückt, — „le reste sera perdu pour lui, sauf la bonne volonté du voisin" (Delvincourt).

Damit ist zugleich die Frage der rechtlichen Behandlung des Überfalls für die in Anm. 336 genannten, das Loos des Code Napoléon theilenden Gesetzgebungen entschieden; nur würde in ihnen eine eventuelle Geltung von gewohnheitsrechtlichen oder älteren ortsstatutarischen Bestimmungen darnach zu beurtheilen sein, ob in ihrem Geltungsgebiete (wie z. B. in Baden) ein dem art. 7 des Gesetzes vom 30. Ventôse an XII (21. März 1804) entsprechendes Gesetz publicirt worden ist.[359]

Zu den in Anm. 336 aufgeführten Gesetzbüchern kommen noch von Schweizer Quellen der Code Genevois, der Code du Canton du Valais und das Bürgerl. Gesetzbuch für den Kanton Aargau hinzu, welche dieselbe Lücke wie der Code Napoléon aufweisen; ein anderer Theil der Schweizer Gesetzbücher, welcher in der Frage des Überhangs die Bestimmungen des Code Napoléon wörtlich bezieh. in wortgetreuer Übersetzung wiedergab, hat eine Ergänzung desselben in der Frage des Überfalls durch herübernahme älterer Rechtsbestandtheile oder durch Anlehnung an verwandte Legislationen hergestellt. Hierher gehört die bereits oben in Anm. 315a citirte Bestimmung des Code rural du Canton de Vaud art. 54, ebenso die des Civilgesetzbuchs für den Kanton Solothurn § 799:[360]

> „dem Eigenthümer eines Grundstücks, auf welches die Aeste eines fremden Baumes überhängen, gehört das Obst, das vom überhängenden Theile des Baumes herkommt. — Wenn der Eigenthümer des Baumes auf seiner Seite die Früchte ablesen will, so muss er vorher seinen Nachbarn dahin einberichten, dieser darf ohne Erlaubniss des ersteren nicht zuerst ablesen".

Das bürgerl. Gesetzb. des Kantons Luzern § 284 schliesst sich, wie dies vor Allem aus dem für das oesterreich. allgem. bürgerl. Gesetzbuch characteristischen Ausdrucke, „jeder Grundeigenthümer

---

[359]) So für Holland: Wet van den 15 den Mei 1829 (Staatsbl. 1829 no. 28) art. 3: „Gewoonte geeft geen regt dan alleen wan neer de wet daarop verwijst" („Gewohnheitsrecht gilt nur, wenn das Gesetz darauf verweist"; so in art. 1375, 1382, 1383, 453, 670, 690 b, 703 u. a. des nederl. burgerl. Wetb.). Rücksichtlich Badens vgl. oben Anm. 340.

[360]) Vgl. Pfyffer, Erläuter. des bürgerl. Gesetzb. des Kantons Luzern. II Th. S. 87.

Digitized by Google

kann . . . . . die überhängenden Aeste benutzen"[361]) hervorgeht, an § 422 des letztgenannten Gesetzbuches an. Wenn Schnell[362]) das Gleiche aus der allgemeinen Fassung der 378. Satzung des Civilgesetzbuchs für die Stadt und Republik Bern folgert, so ist dies theoretisch ebenso wenig zu rechtfertigen, wie die Ansicht der von uns bei Anmerkung 342 fg. besprochenen Interpreten des Code Napoléon.

Das privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich § 590[363]) und dasjenige für den Kanton Solothurn § 532 sprechen übereinstimmend davon, dass der Nachbar die Wahl habe, „ob er Kappung der Aeste und Zweige verlangen oder ob er das Recht des Anrieses benutzen wolle". Beide fügen noch in § 591 und § 533 erklärend hinzu:

> „das Anries besteht in dem Rechte des Nachbars, die überhängenden Früchte zu gewinnen und die überfallenden zu behalten".

Mit dieser ebengenannten Definition harmonirt wieder art. 472 Abs. 4 der lois civiles du canton de Fribourg:

> „S'il veut souffrir les branches, qui avancent sur son fonds il peut cueillir les fruits, qu'elles portent et enjouir exclusivement; il peut de même s'approprier les fruits, qui tombent sur son fonds".

Sehr ausführlich ordnet auch die Rechtsverhältnisse der überhängenden Früchte das Landbuch des Kantons Ury art. 172:[364])

> „Wenn von einem Baum Holz oder Obst in eines Andern Eigen fällt, so soll es dessen seyn, auf dessen Eigen es

---

[361]) Vgl. oben Anm. 286.

[362]) Schnell, Civilgesetzb. für die Stadt und Republik Bern, II S. 57; Satzung 378 enthält den allgemeinen Satz, dass sich das Recht des Eigenthümers eines Grundstücks auch auf die Luftsäule, sowie auf das unter der Erdoberfläche Befindliche erstrecke.

[363]) Bluntschli, a. a. O. B. II unter § 590 (III. Aufl.), S. 103. Nach der Geschichte des vorstehenden § 590 ist dem Baumeigenthümer das Recht, von seinem Grundstücke aus die Früchte des Überhangs, soweit er sie erreichen kann zu pflücken, entzogen. Der Entwurf der Commission enthielt zwar einen diesbezüglichen Zusatz, derselbe wurde jedoch vom grossen Rathe „um keinen Wettstreit zwischen den Nachbarn hervorzurufen, wer von den Nachbarn zuerst zugreife", gestrichen. — Der „Entwurf eines Civilgesetzes für den Canton Basel-Stadt (E. E. kleinen Rath eingegeben im October 1865)" entscheidet in § 541, dass der Nachbar die überhängenden Aste kappen, „sowie die über sein Land hängenden Früchte für sich sammeln" darf.

[364]) Landbuch des Kantons Ury (Flüelen 1823) B. I art. 172.

gefallen. Es soll aber keiner auf des Andern Baum steigen um die Früchte abzunehmen oder zu schütteln, obschon die Aeste über das Seinige hangen. Was er aber von seinem Eigen mit einer Leiter oder Latten erlangen und abnehmen kann, dass gerade ob seinem Eigen ist, mag er wohl nehmen, und ihm nicht gewehrt werden".

Auf die übergefallenen Früchte endlich beschränken den Nachbar nur das Bündnerische Civilgesetzbuch und das Unterwaldner Landbuch.[365]) —

Ich möchte diese Monographie nicht ohne einen Ausblick auf die Zukunft schliessen: So geringfügig auch die im Vorhergehenden behandelten Rechtsverhältnisse des Überhangs und Überfalls im Vergleich zu den grossen legislatorischen Aufgaben scheinen können, welche auf dem Gebiete der deutschen Civilgesetzgebung ihrer Lösung harren, so greifen doch beide Rechtsinstitute tiefer in das Volksleben ein, als sie bei einer oberflächlichen Betrachtung verrathen mögen. Gerade als häufige Fälle der Nachbarrechte, und zwar als Nachbarrechte, die ihre Unterlagen in Erscheinungen der Natur, in dem sich unabhängig von dem Willen des Menschen vollziehenden Wachsthum der Bäume und ihrer Früchte finden, erfordern sie eine auch dem einfachen Rechtsverstande begreifliche, die Interessen beider Theile — des Nachbars wie des Baumeigenthümers — wahrende Entscheidung. Letzteres um so mehr, als die auf Grund rechtshistorischer Entwickelung nothwendig bedingte Beibehaltung der deutschrechtlichen Sätze bereits an sich zu Gunsten des Nachbars einen schärferen Eingriff in die fremde Herrschaftssphäre enthält, welcher leicht an Stelle einer Befriedigung der gestörten Rechtsordnung den Keim zu weiteren Conflicten in sich trägt.

M. E. wird man diesen Anforderungen dadurch gerecht, dass man ein Mal dem Nachbar, ohne von ihm eine Aufforderung an den Baumeigenthümer zu fordern, das Recht der Beseitigung des vollen Überhangs einräumt. Das Holz der abgeschnittenen Zweige verbleibt im Eigenthum des Baumeigenthümers; der Letztere ist verpflichtet, die abgeschnittenen Zweige von dem Grundstücke des Nachbars abzuholen. Der Nachbar kann nur im Falle einer an den Baumeigenthümer erlassenen Aufforderung, welche entweder ausdrücklich abgewiesen oder der nach Verlauf von zwei Tagen

---

[365]) Bündnerisches Civilgesetzbuch mit Erläuterungen des Gesetzesredactors P. C. Planta § 237, 2: „Wenn Aeste über des Nachbars Grundstück hangen, so kann dieser . . die überfallenden Früchte behalten . ." — Das Unterwaldner Landbuch ist bereits im § 4 Anm. 231 citirt.

Digitized by Google

nicht entsprochen worden ist, Ersatz für den Vermögensaufwand einer daraufhin selbständig bewirkten Abbringung des Überhangs verlangen. Der Nachbar kann die Beschneidung der überhängenden Zweige durch den Baumeigenthümer auf dem Wege der Klage fordern. Der Nachbar hat ferner das Recht, sich die auf sein Grundstück übergefallenen Früchte zuzueignen. Der Baumeigenthümer darf dem Nachbar keine der übergefallenen Früchte entziehen, ist jedoch in keiner Weise beschränkt, von seinem Grundstücke aus die auf das Nachbargrundstück überhängenden Früchte seines Baumes zu ernten.[366])

366) Zur Motivirung dieser nur die Hauptpunkte wiedergebenden Sätze sei es mir erlaubt, auf die Ausführungen bei der Besprechung verwandter Gesetzesstellen bei Anm. 257, 264 ff., 272, 328 u. s. w. zu verweisen.

Verbesserungen.

Anm. 61, 5. Z. v. o. l. W.: rer.; — S. 106 Z. 3 v. o hinter Art. 126: (Zobel); — Anm. 187 Z. 8 v. E. lies: Die Codicile Romane (rumän. Gesetzb.), cod. civilŭ art. 607; — Fournel, traité du voisinage ist nach der I. Aufl. citirt, nur in den letzten Bogen konnten bei der Correctur die Citate nach der IV. Aufl. beigefügt werden.

Druck von E. Gruhn's Buchdruckerei, Warmbrunn.

Digitized by Google

Untersuchungen

zur

Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte

herausgegeben

von

Dr. Otto Gierke,

Professor der Rechte an der Universität Berlin.

XXII.

Die Geschlechtsverbindungen der Unfreien im fränkischen Recht

von

Carl Koehne,

Dr. iur.

Breslau.

Verlag von Wilhelm Koebner.

1888.

Digitized by Google

Die
Geschlechtsverbindungen der Unfreien
im
fränkischen Recht

von

Carl Koehne,
Dr. iur.

Breslau.
Verlag von Wilhelm Koebner.
1888.

Digitized by Google

Einleitung.

Durch eine Reihe wertvoller Spezialuntersuchungen der ältern deutschen Rechtsgeschichte ist erwiesen, dass auch auf diesem im ganzen schon so vielfach und vorzüglich bearbeiteten Gebiete Forschungen über einzelne Institutionen noch von Nutzen für die Wissenschaft sein können, namentlich wenn das behandelte Thema mit erschöpfender Benutzung des gesammten Quellenmaterials behandelt wird. Demgemäss glaube ich hoffen zu können, dass auch die vorliegende Abhandlung über das „Eherecht der Unfreien im fränkischen Recht“ denjenigen nicht unerwünscht sein wird, die eine exakte und eingehende Kenntnis der deutschen Rechtsverhältnisse herbeigeführt sehen wollen. Sind doch gerade die Geschlechtsverbindungen der Unfreien bisher noch sehr wenig behandelt,[1]) während sie doch in Folge ihres vielfachen Zusammenhangs mit den Standesverhältnissen, dem Eherecht und dem Einfluss der Kirche auf die weltliche Rechtsentwicklung ein hohes Interesse für Rechts- und Culturgeschichte bieten. Eine eingehende Erforschung der weltlichen und geistlichen Rechtsquellen in dieser Hinsicht scheint auch um so mehr angezeigt, als den jüngst von canonistischer Seite in dem letzen Werke, in dem über die Geschlechtsverbindungen der Unfreien ausführlicher gehandelt wird, in „Rudolf von Scherer, über das Eherecht bei Benedict Levita und Pseudo-Isidor, Graz 1879“ aufgestellten Behauptungen keineswegs beigetreten werden kann. Auch werden wir nur auf Grundlage einer solchen Untersuchung die Frage, wie im fränkischen Recht der Stand der Kinder, welche von einer freien und einer unfreien Person abstammten, im einzelnen Fall bestimmt wurde, genauer beantworten können, als es bisher möglich war. Entsprechend dem in der neuern Forschung mit Recht zu Tage

---

[1]) Von Litteratur ist nur anzuführen: Wilda, Von den unächt gebornen Kindern in Ztschrft. f. deutsch. R. XV. Tübingen 1855 und das unten im Text angeführte Buch von Scherer.

tretenden Streben nach möglichster Sonderung örtlich und zeitlich verschiedener Einrichtungen beschränkt sich die vorliegende Arbeit auf das fränkische Recht. Die andern Volksrechte sind nur zur Vergleichung und in der eigentlichen Forschung nur soweit herangezogen worden, als eine lückenhafte Überlieferung nur durch Analogieschlüsse aus andern Rechten, durch solche aber auch sicher, aufgehellt zu werden schien.

Ebenso erwies sich eine getrennte Behandlung des Themas für die merowingische und karolingische Zeit als notwendig. Indem wir den ersten umfangreicheren Theil noch einmal zerlegen, zerfällt demnach die Arbeit in drei Abschnitte:

1) die Geschlechtsverbindungen der Unfreien im merowingischen Reiche,
2) Stand der Kinder von Unfreien in demselben,
3) die Geschlechtsverbindungen der Unfreien und der Stand ihrer Kinder im Karolingerreich.

Digitized by Google

Erster Theil.

Die Geschlechtsverbindungen können in rechtlicher Hinsicht dreierlei Art sein

1) Rechtlich anerkannt,
2) Strafbar,
3) Rechtlich indifferent.

1) Die echte Ehe setzte im ältesten deutschen Recht immer Ingenuität [2]) der Nupturienten voraus. Mag man nun zur Begründung der altgermanischen echten Ehe mit ihren wichtigen Rechtsfolgen für die Eheleute und deren Nachkommenschaft Verlobung und Trauung oder nur eine von beiden oder auch nur die Uebertragung des Mundiums als im Zeitalter der Volksrechte nothwendig ansehen,[3]) jedes dieser Erfordernisse konnte nur bei Ingenuität des Mannes wie der Frau erfüllt werden.

2) Die Verbindung eines Freien mit einer fremden Unfreien wurde als Verletzung des Eigenthums des Herrn der Unfreien bestraft, es sei denn, dass er ausdrücklich eingewilligt.[4]) Verband sich ein Sklave mit einer Freien zur Ehe, so sah man die Verbin-

[2]) Das Fremdwort ist gewählt, um durch den Ausdruck „Freiheit" leicht entstehende Misverständnisse zu vermeiden.

[3]) cf. Friedberg Lehrb. d. Kirchenrechts II. Aufl. § 153 III. Dargun in seinem Werke „Mutterrecht und Raubehe" Breslau 1883. S. 24 f. und in Grünhut's Zeitschrift X 441, 442 macht allerdings sehr wahrscheinlich, dass anschliessend an die Sitte der Urzeit auch „ohne Uebergabe durch den Vormund und ohne vorhergehende Verlobung eine Ehe existirte, wenn ein Mann und eine Frau zum ehelichen Leben sich vereinigten, falls nicht gesetzliche Ehehindernisse im Wege standen." Aber abgesehen davon, dass, wie wir sehen werden, die Standesungleichheit gewöhnlich schon an sich ein Ehehinderniss bildete, konnte Dargun seine Behauptungen eben nur dadurch begründen, dass er für das Vorhandensein der Ehe „die vermögensrechtliche Seite" und das „Verhältniss der Kinder zu den Eltern" ganz irrelevant sein lässt. Beide Thatsachen sind aber zur Zeit der Volksrechte schon überall Essentialien der ächten, regelrechten, der Vollehe.

[4]) L. Sal. 13 c. 9, 13 Zus. 1, 25 c. 5. Rib. 58 c. 12, 13 cf. Näheres weiter unten.

Digitized by Google

dung als Verführung an, und bestrafte sie demgemäss.[5]) War es aber zweifellos, dass die Frau dem Sklaven freiwillig gefolgt war, insbesonders bei der Heirath einer Frau mit ihrem eigenen Sklaven, so wurde die Frau streng bestraft.[6])

3) Diejenigen Verbindungen, welche keinen Anlass zur Strafe gaben und auch in der Unterwerfung der Frauen unter die Vormundschaft keine Veränderung hervorriefen, kämen an sich rechtlich garnicht in Betracht. Wir finden nun aber, dass in den germanischen Volksrechten genau so wie die strafrechtliche Behandlung der Unfreien als Sachen,[7]) so auch die Beschränkung der Rechtswirkungen auf die Vollehen nicht ganz durchgeführt wurde, weil nicht ganz durchgeführt werden konnte. Gewisse Geschlechtsverbindungen, die weder zu den strafbaren noch zu den Vollehen gehörten, hatten, wenn sie auf die Dauer eingegangen waren, wichtige Rechtsfolgen. Diese Verbindungen konnten geschlossen werden:

a) zwischen freien Männern und ihren Sklavinnen,

b) zwischen zwei Unfreien.

a) An Stelle oder neben der durch echte Ehe verbundenen Gemahlin hatten viele Freie auch sogenannte Kebsweiber, die meist Sklavinnen waren, wie schon aus dem Namen hervorgeht.[8]) Das Verhältniss des Mannes zur Kebsfrau unterschied sich von den blos vorübergehenden Verbindungen dadurch, dass es dauernd und zwar nach dem Willen der Betheiligten auf Lebenszeit eingegangen war.[9]) Nur stand dem Manne die Verstossung der Frau zu, während die ächte Ehe zur Zeit des Merowingerreichs nur durch den Willen beider Eheleute auflösbar war.[10]) Von der Vollehe unterschied sich

---

[5]) L. Sal. 13 c. 7 cf. unten.

[6]) Capitul. I ad leg. Sal ed. Boretius c. 5 (bei Behrend p. 89).

[7]) Jastrow, Zur strafrechtl. Stellung d. Sklaven bei Deutschen u. Angelsachsen. Breslau 1878 passim.

[8]) s. Grimm R. A. S. 438 u. Deutsches Wörterbuch Bd. V S. 373 ff Wilda a. a. O. S. 238 Not. 3.

[9]) cf. Corpus iuris canonici ed. Friedberg note zu c. 4 D. 34 und besonders Augustinus de bono conjugali c. 5. (= C 32 qu. 2 c. 6) Scherer irrt, wenn er mit Bezug auf diese und die übrigen bei Friedberg l. c. angeführten Stellen S. 5 N. 4 sagt „sie sprechen keineswegs den monogamischen Charakter des Concubinats eines Ledigen mit einer Ledigen aus, sie handeln von ganz andern Dingen.“ Gerade das Gegentheil ist der Fall.

[10]) Löning Gesch. d. Kirchenrechts II S. 618 mit not 2. Derselbe Gelehrte will allerdings (S. 619) aus der Leichtigkeit, mit der die merowingischen Könige ihre Gattinnen verstiessen und aus Capit. Compend. c. 9 (L. L. ed·

Digitized by Google

die Kebsehe auch noch dadurch, dass sie ohne die Feierlichkeit der ersteren und auch mit unfreien Frauen abgeschlossen werden konnte. Dazu kam noch, dass ausser bei den Höchststehenden die Kinder nicht Rang, Stand und die volle Nachfolge in das Vermögen des Vaters erhielten.[11]) Wir können demnach das Verhältniss als Minderehe, Kebsehe oder allenfalls auch nach Analogie der verwandten römischen Institution als Concubinat bezeichnen. Dass das Bestehen einer solchen Minderehe im germanischen Recht vielfach geleugnet wird, erklärt sich einerseits durch das sich im Laufe der Zeit ändernde Verhalten der Kirche dieser Institution gegenüber, das wir weiter unten näher betrachten werden, andererseits und hauptsächlich aber durch den Umstand, dass dem deutschen Worte „Kebsehe" [12]) in der lateinischen Sprache jener Zeit keine Bezeichnung völlig entspricht. Die Kebsehe wird vielmehr in der, unsere Erkenntniss der deutschen Rechtsinstitute so vielfach irreführenden, lateinischen Sprache der Rechtsdenkmäler jener Periode entweder als concubinatus bezeichnet, also mit einem Worte, das auch für blos vorübergehende Geschlechtsverbindungen gebraucht wird, oder sie wird wie die Vollehe conjugium oder matrimonium genannt. Dass diese Kebsehen aber wirklich vom sechsten bis neunten Jahrhundert, und zwar nicht blos bei den Franken vorkamen, folgt:

α) Aus der lex Longobardorum, in der ihre Folgen eingehend geregelt werden, aus dem jüngst von Gaudenzi herausgegebenen westgothischen Rechtsbuch und den nordischen Rechtsquellen.

Boret. p. 9) schliessen, dass dem Ehemann, auch abgesehen vom Falle eines Verschuldens der Ehefrau, welcher hier nicht in Betracht kommt, ein Verstossungsrecht zustand. Aber die Ehen der Könige, welche ja meist mit den eigenen Sklavinnen eingegangen waren, und die in dem erwähnten Capitular behandelte Ehe zweier Unfreien (darin ist Ehrenberg [Commendation und Huldigung S. 14 ff.] ohne Zweifel zuzustimmen, dass der vassus daselbst ein Unfreier ist) geben kein Präjudiz für die Vollehen!

[11]) Erbfähigkeit der Kinder wird auch gerade als das entscheidende Merkmal der Ehe angesehen in dem Brief Papst Leo I an Rusticus a. 458, 459 bei Regino de synodalibus causis (ed. Wasserschleben Leipzig 1840 II c. 181): non omnis mulier viro conjuncta uxor viri est quia non omnis filius heres patris.

[12]) Die Frau selbst hiess ella, gella, chepisa s. Grimm D. W. u. R. A. a. a. O. Kern erklärt auch den in der Malberg'schen Glosse zu XIII 9 in Cod. 5—10 sich findenden Ausdruck honema oder bonimo als Minderehe, Hessels — Kern Lex Salica p. 570 § 80 s. hinten S. 24, 25.

Digitized by Google

β) Aus einer Formel, die für die Existenz des Verhältnisses im Frankenreich beweisend ist,[13]) und

γ) endlich aus zahlreichen kirchenrechtlichen Stellen, welche eine von dem späteren Princip, nur Ehen und Nichtehen zu unterscheiden, ganz abweichende Berücksichtigung und Billigung dieser Minderehe zeigen.

α) Die Gesetze Rothari's und Grimuald's geben nämlich den aus Minderehe hervorgegangenen Kindern, die übrigens gleich den römischen Concubinatskindern filii naturales genannt werden, gegenüber ihrem Vater ein, wenn auch beschränktes, Erbrecht;[14]) auch nehmen diese an allen Rechten und Pflichten der Familiengenossen Theil. So gehören sie zu den Geschlechtseidhelfern;[15]) ja ihnen konnte sogar beim Tode des Vaters das mundium über ihre aus Vollehe des Vaters stammenden Schwestern zufallen.[16]) Man kann doch kaum annehmen, dass alle diese Rechte auch den aus einer vorübergehenden Geschlechtsverbindung des Vaters stammenden Kindern zufallen; dies würde aber nothwendig sein, wenn man unter den filii naturales in der Lex Longob. alle unehelichen Kinder zu verstehen hätte. Andrerseits belehrt uns das Gesetz direct, dass die liberi natur. von unfreier Mutter, nämlich von einer pro uxore von ihrem Herrn gehaltenen eigenen Magd desselben, stammen können.[17]) Da nach dem ganzen Charakter der Lex Longob. eine

---

[13]) Auch ergiebt sich die Existenz der Minderehe im Frankenreich aus der in der vorigen Note angeführten Glosse zu L. Sal. Da Wiederholungen oder Unklarheiten sonst unvermeidbar wären, habe ich die Besprechung des betreffenden Titels, den wir aus den verschiedenen Recensionen uns erst reconstruiren müssen, als Anhang (S. 24 u. 25) gegeben.

[14]) Rothari c. 154, 158, 159, 160, 171, Grimuald c. 5.

[15]) Rothari c. 362 et si aliquis de sacramentalis mortuus fuerit, potestatem habeat ille, qui pulsat, in locum mortui alium similem nominare de proximûs legitimûs aut de natûs (= de naturalibus wie Handschrift 6 hat) LL. IV. p. 84.

[16]) Rothari 160, 161.

[17]) Rot. 222 u. Liutpr. 106. — Zu wesentlich andern Resultaten kommt Dargun in seiner oben (n. 3) angeführten Schrift (S. 29—32). Wenn auch als unzweifelhaft festgestellt zugegeben werden kann, dass auch bei den germanischen wie bei so vielen andern Völkern das Mutterrecht den Ausgangspunkt allen Familienrechts bildete, so scheinen mir doch viele Betrachtungen, die D. unter diesem Gesichtspunkt anstellt, nicht das Richtige getroffen zu haben. In den Volksrechten und speciell im Longob. Recht ist der Satz, dass der Stand der Kinder sich nach dem Stand der Mutter richtet, doch nicht so verbreitet, wie D. meint. Wo dieser Rechtssatz gilt, verdankt er aber seine Geltung nicht sowohl noch aus der Zeit des Mutterrechts stammenden Anschauungen, als vielmehr nur dem Eigenthumsrecht des Herrn der unfreien Mutter. Gerade an den Stellen der L. Long., die D. für die allgemeine Nachfolge in den Stand

Digitized by Google

Reception des römischen Concubinats in demselben nicht anzunehmen ist, haben wir hier also die Existenz der Kebsehe zu constatiren.

Verwandte Grundsätze treten uns auch in einer Bestimmung der vor kurzem von Gaudenzi edierten,[a]) von Zeumer im Neuen Archiv besprochenen,[b]) westgotischen Rechtsquelle entgegen. Hier werden ausdrücklich als naturales filii die von einer ancilla ihrem Herrn geborenen Kinder, sowie die von einer ingenua absconse nati bezeichnet. Unter den letzteren haben wir, wie aus c 18, das von einer absconse d. h. ohne Zeugen oder sonstige Beweissicherung geschehenen Verleihung handelt, hervorgeht, die aus einer ebenso geschlossenen[c]) Ehe hervorgegangenen Kinder zu verstehen. Das Verhältniss der Eltern in solchem Falle wird in unsrer Rechtsquelle mit dem der „Kebsehe" entsprechenden lateinischen Ausdruck concubinatus bezeichnet; nur mit Genehmigung des Königs kann es zur Vollehe werden. Ebenso wird auch im altnordischen Recht unter den unehelichen Kindern der hornungr, der Sohn eines Weibes, mit welchem der Kindsvater in einer dauernden offenkundigen Verbindung lebte, ohne doch mit demselben verheirathet zu sein, von dem hrisungr, dem Sohn eines freien Weibes, welcher mit diesem heimlich gezeugt war, unterschieden.[d])

β) In der Formel Cart. Senon append. 1 (Roz. 130) setzt ein Vater seine Kinder zu Erben ein, weil die als conjugium bezeichnete Geschlechtsverbindung, aus der sie stammen, in Folge unterlassener

---

der Mutter anführt, Rot. 217, 231, 156, Liut. 126, ist immer nur von Verhältnissen mit fremden Unfreien die Rede. (Dies gilt auch von Rot. 219, da der Aldio nur beschränkt vermögensfähig, die ihm überlassene serva auch serva seines Herrn ist.) Dass hingegen die Kinder aus der Geschlechtsverbindung eines Freien mit seiner eigenen Sklavin in vielen Fällen — nämlich wenn die Sklavin quasi uxor, in der Stellung eines Kebsweibes war (Rot. 222, Liut. 106) — zu den Freien gehörten, folgt aus dem suam libertatem von Liut. 66. Gegen die Ansicht, dass das Mutterrecht bei den Germanen noch in historischer Zeit geherrscht, hat sich auch neuerdings Brunner D. R. G. I S. 80 ausgesprochen.

[a]) Gaudenzi, Un antica compilazione di diritto Romano e Visigotho, Bologna 1886, p 202 c 8, 9.

[b]) XII 1887 S. 392 ff.

[c]) Man denke daran, dass öffentliche Beschreitung des Ehebettes in älterer Zeit oft gesetzliche Bedingung der echten Ehe oder wenigstens bei ihr herkömmlich war, cf. Weinhold, Die deutschen Frauen im Mittelalter 1851 S. 268, 269 und die dort angeführten Belegstellen.

[d]) S. Maurer, Die unächte Geburt nach altnordischem Rechte, Sitzungsberichte der Münchener Akademie 1883, S. 4 u. S. 8 ff., cf. die von Grimm R. A. 439 angeführte Stelle aus dem Jütischen Gesetz.

Digitized by Google

Muntschatzbestellung nicht als Vollehe gelte. Die Kinder selbst werden liberi naturales genannt. Auch hier wird also eine Minderehe als conjugium bezeichnet.[18])

γ) Endlich folgt das Bestehen der Minderehe auch aus den kirchlichen Quellen, wenn wir sie genauerer Betrachtung unterwerfen. Hat doch die Kirche den römischen Concubinat der ächten Ehe gleich behandelt. Sich den bestehenden weltlichen Rechtsverhältnissen fügend, fordert sie zur Ehe nur Monogamität und Absicht lebenslänglichen Zusammenbleibens. Sofern diese Erfordernisse erfüllt sind, behandelt sie die Kebsehe wie die ächte und bestraft also auch den Bruch der ersteren wie den der Vollehe mit Entziehung der Communion.[19]) Erst ganz allmählich ist die entgegengesetzte Ansicht durchgedrungen, dass diese Verbindungen der Sakramentsnatur nicht werth seien, und dass die kirchliche Ehe die Erfordernisse voraussetzt, an welche das weltliche Recht die volle Erbfähigkeit der Kinder knüpft. Demgemäss wird denn auch seitdem nur zwischen Ehen und nichtehelichen Geschlechtsverbindungen unterschieden, welch letztere zum Theil strafbar, jedenfalls aber normwidrig sind. Doch ging diese ganze Entwicklung sehr langsam vor sich. Während die neue Ansicht der Verwerflichkeit der Minderehe zuerst in einem Briefe Papst Leo I. im Jahre 458 geäussert wird,[20]) erkennt noch die Synode von Mainz 851[21]) die Kebsehe als kirchlich gestattete Verbindung an und droht für ihre

---

[18]) Zeumer L. L. V p. 208. Die Formel enthält nach Zeumers Note 2 germanisch-fränkisches, nicht römisches Recht. Scherer sucht vergeblich zu beweisen, dass die Formel römisches Recht enthält; denn l. 3 Cod. Theod. (3, 7) sagt gerade, dass die blossen Förmlichkeiten, zu denen hier auch grade die donationes sponsalitiae gezählt werden, zur Begründung der Ehe nicht nothwendig sind. cf. für das Bestehen der Kebsehe in noch weit späterer Zeit auch Hincmari Annales a. 869, 870 S. I p. 486.

[19]) Concilium Toletanum 1 c. 17: Si quis habens uxorem fidelis concubinam habeat, non communicet: ceterum is, qui non habet uxorem et pro uxore concubinam habeat, a communione non repellatur, tantum aut unius mulieris aut uxoris aut concubinae, ut ei placuerit, sit conjunctione contentus; alias vero vivens abjiciatur, donec desinat, et per poenitentiam revertatur. Bruns Canones Apost. et Conc. (1839) I p. 206, Mansi III p. 201.

[20]) Jaffé-Kaltenbrunner n. 544.

[21]) M. G. L. L. I ed. Pertz. p. 415 c. 15 cf. Poenitentiale Theodori bei Wasserschleben p. 148 u. Conc. Vermer c. 13, welche zeigen, wie die Kirche eine Zeit hindurch Verbindungen von Freien mit ihren Sklavinnen bald einfach verbietet, bald sie als ächte Ehen behandelt und deshalb unlösbar sein lässt. Cf. auch unten Teil III.

Digitized by Google

Verletzung mit der gleichen Strafe, welche auf die Verletzung der Vollehe gesetzt wird.

b) Wie die Geschlechtsverbindung zwischen Freien und Unfreien, so erscheinen auch die zwischen zwei Unfreien unter gewissen Voraussetzungen als Ehen. Hier zeigt sich eine bedeutsame Verschiedenheit des deutschen vom römischen Recht. Während dieses die Ehen unter Sklaven nur als contubernia bezeichnet,[22]) werden sie in den deutschen Rechten mit Ausnahme der ja unter stärkstem römisch-rechtlichem Einfluss stehenden lex Visig. conjugia und matrimonia genannt[23]) und das bairische Recht unterscheidet sogar ausdrücklich die ancilla maritata von der ancilla virgo[24]) wie auch die Formeln und Urkunden sehr oft von einer serva, ancilla, colona uxor reden.[25]) Im römischen Recht konnte an der Sklavin weder adulterium noch stuprum begangen werden und die Schwächung derselben wird mit der actio legis Aquiliae,[26]) also blos als Verbrechen gegen das Eigenthum verfolgt. Hingegen bildet die Schwächung der Sklavin bei den Germanen ein eigenes Verbrechen, das in den meisten Volksrechten im Zusammenhang mit der Schwächung freier Jungfrauen verboten wird.[27]) Demnach hatten im deutschen Recht der von uns betrachteten Zeit die Verbindungen der Sklaven schon weit mehr Ehecharakter als im römischen Recht. Wohl war im ältesten germanischen Recht, wie es für das longobardische noch aus der Anfangszeit der Regierung König Liutprand's bezeugt ist, das Ehebett oder Sklavin nicht gegen ihren eigenen Herrn geschützt.[28]) Wohl konnte auch im germanischen

---

[22]) Paul. Sent. II 19 § 3, L. 23 Cod. Iust. IX, 9.

[23]) Andegav. 45 (Roz. 399) und sonst sehr oft in den Formeln, Lex Sal. XXV. 5 in Hessels Cod. 2, 3 und den entsprechenden, abgesehen von Cod. 1, Zachariae Papae ad Bonifat. epistola a. 745 Jaffé-Kaltenbrunner n. 2274: ut in vertente anno ab unoquoque coniugio servorum duodecim denaria solvantur.

[24]) Lex. Bajuv. Text I tit. VIII c. 12, 13 M. G. L. L. III p. 299.

[25]) z. B. Testam. Bertranni Pardessus Diplo. I n. 198 p. 212: Hos et has liberos liberasve esse iubeo. Lebegiselum cum uxore et filiis, Chrodosindum cum uxore. cf. testam. Aredii ibid. I n. 180, dipl. Chrodegangi ibid. II n. 586, dipl. Ansbaldi ibid. II n. 483: cum octo mancipiis et uxoribus et infantibus eorum. Wartmann, Urkundenbuch d. Abtei St. Gallen No. 3: de colonis meis E. cum uxore sua, ibid. No. 6: cum servis et ancillis ic nomina eorum: G .... cum uxorem suam. Polypt. Irmin I, 2: Walateus colonus et uxor eius, ibid. I, 3, 5, 6, 13 und sonst unzählige Male.

[26]) L. 6 pr. Dig. ad leg. Jul. de adult. (48,5), l. 23, l. 24 Cod. eod. (9,9).

[27]) So besond. in L. Sal. tit. XIII u. XV.

[28]) L. Long. Liutpr. c. 66. ff. cf. Jastrow a. a. O. S. 32 n. 26.

Recht der Herr die Ehen seiner Sklaven jederzeit durch Verkauf des einen Ehegatten factisch auflösen.[29]) Das eigene Interesse des Herrn gewährte aber dagegen in Folge der ökonomischen Verhältnisse der meisten Unfreien wohl einigermassen Schutz. Der bei weitem grösste Theil der Sklaven, alle Hörigen und die meisten Leibeigenen, war ja auf dem Lande angesiedelt, wo jede Familie ein Grundstück gegen Abgaben an den Herrenhof selbständig bestellte.[30]) Es war nun natürlich für den Eigenthümer meist weit vortheilhafter, von dem angesiedelten Ehepaar die Renten weiter zu beziehen oder auch, es sammt dem Lande, das ihm zur Bebauung übergeben war, zu verkaufen als das Grundstück und die Glieder der dort angesiedelten Familie einzeln zu veräussern. Nur gehörte zur wirklichen Entstehung einer Sklavenehe auch die Zustimmung des Herrn, welche wohl durch besondere Abgabe erkauft werden musste,[31]) falls dem Sklaven eigenes Vermögen gestattet war. Diese Einwilligung wurde auch äusserlich durch eine symbolische Handlung, die herkömmliche Uebergabe der Braut an den Bräutigam (legitima traditio)[32]), gekennzeichnet. Der Herr verpflichtete sich durch diese Ceremonie, wenn auch zunächst nur moralisch, nicht juristisch, von dem ihm zustehenden Recht des gesonderten Verkaufs der beiden Ehegatten keinen Gebrauch zu machen. Die Kirche trug demgemäss auch kein Bedenken, den Ehen der Unfreien dieselbe Sakramentnatur zuzusprechen wie den zwischen freien Personen abgeschlossenen, nur fordert sie zur vollen Gültigkeit die oben erwähnte gesetzmässige Uebergabe der Braut,[32]) also dadurch mittelbar auch die Einwilligung des Herrn. Ohne diese Einwilligung eingegangene Verbindungen sollen sogar durch Excommunication bestraft werden. Wie die Kirche aber die von

---

[29]) Dasselbe gilt im römischen Recht. Die von Guérard p. 395 n. 9 angeführte L. un. Cod. Theod. de comm. div. (II, 25) = l. 11 Cod. Just comm. utr. iud. (III, 38), aus welcher er das Gegentheil schliessen will, „bezieht sich nur auf die mit einem Grundstück verbundenen, zum Colonat bestimmten Sklaven." Puchta Cursus der Institutionen (1881) Bd. II § 212 Note i. Die Constitution Valentinians u. Gratians (Cod. Just. XI 48, 7), die aus fiscalischen Rücksichten Verkauf der in die Grundsteuerlisten eingetragenen Sklaven verbot, war in dem Codex Theod. nicht aufgenommen, galt also nicht in Gallien.

[30]) Tacitus Germ. c. 25 cf. Waitz V. G. I 162, II 223.

[31]) Ep. Zachar. papae ad Bonif. (cf. oben n. 23) cf. Grimm R. A. S. 379.

[32]) Conc. Aurel. IV a. 541 c. 24 Mansi IX p. 117, Bruns II p. 205: Quaecumque mancipia sub specie coniugii ad ecclesiae septa confugerint, ut per hoc credant posse fieri coniugium, minime iis licentia tribuatur nec talis coniunctio a clericis defensetur, quia probatum est, ut sine legitima traditione coniuncti pro religionis ordine statuto tempore ab ecclesiae communione suspendantur.

Digitized by Google

ihr als vollgiltig angesehenen Ehen gegen die Trennung durch Einzelverkauf der Gatten durch geistliche Verordnungen und durch Beeinflussung der weltlichen Gesetze zu schützen suchte, soll sie hier nicht näher erörtert werden. Nur genüge es ausdrücklich an diese Bestrebungen[33]) der Kirche zu erinnern, um besonders der Ansicht Scherer's entgegenzutreten, dass die Ehen der Unfreien mangelnder Willensfähigkeit der Nupturienten wegen als Concubinate angesehen sind. In allen weltlichen wie kirchlichen Quellen des Mittelalters finden wir, wie oben gesagt, die Ehen der Sklaven als coniugium und matrimonium bezeichnet. Wo nach Scherer[34]) in Folge der „mangelnden Willensfähigkeit der beiden Nupturienten vom Concubinat“ die Rede ist, nämlich in c. 7 der Synode von Verberie, handelt es sich um die Ehe eines den höheren Klassen der Unfreien angehörenden Mannes mit seiner eigenen Magd. Diese Verbindung mag allerdings nur so lange und insoweit kirchlicherseits als Ehe angesehen worden sein, als die Kirche auch den im weltlichen Recht als Minderehen erscheinenden Verbindungen eines Freien mit seiner eigenen Unfreien Sakramentsnatur zusprach. Etwa seit der Mitte des 8. Jahrhunderts betrachtete man eben öfters die Standesgleichheit der Nupturienten, weil im weltlichen Recht zur vollen Erbfähigkeit der Kinder erforderlich, im geistlichen Recht als zur Sakramentsnatur der Ehe nothwendig.[35]) Dasselbe Stadium des Schwankens in den kirchlichen Anschauungen, welches sich in den vielfachen und von einander abweichenden Bestimmungen über Verbindungen von Freien mit ihren eigenen Unfreien zeigt, muss demnach auch in Betreff der Ehen eines Unfreien mit seiner eigenen Sklavin obgewaltet haben. Eben dies Verhältniss wird in dem von

---

[33]) S. unten S. 26—28.

[34]) S. 6. „Nicht allen Ehen eigneten dieselben Rechtsfolgen und, wenn gewisse Voraussetzungen einer Ehe mangelten, lag eben keine Ehe vor. Eine solche Voraussetzung war nach germanischem Recht die volle Freiheit der Contrahenten. So spricht die Synode von Verberie 757 c. 7 (M. G. L. I. 22 vom Concubinat zwischen Sklaven.“ Ebenso falsch ist die Bemerkung Hefele's Concilien III S. 538 note: „Die Ehen der Sklaven heissen Concubinate.“ Lautet doch der erwähnte Canon 7 (M. G. LL. I ed. Pertz 22 = M. G. Capitul. I ed Boret p. 40). Si servus suam ancillam concubinam habuerit, si ita placet, potest illa dimissa, comparem suam, ancillam domini sui, accipere; sed melius est suam ancillam tenere.

[35]) Im neunten Jahrhundert finden wir dagegen unter der vom Kloster St. Denis abhängigen Bevölkerung zahlreiche Ehen von Personen verschiedenen Standes. I. d. R. gehört aber die Frau einer höheren Standesklasse an als der Mann (Guérard Polyptichum Irminon. I. p. 391 u. 969), war also jedenfalls nicht die eigene Unfreie ihres unfreien Gatten gewesen.

Digitized by Google

Scherer angeführten Canon Concubinat genannt und dem Manne erlaubt, seine bisherige Frau zu entlassen und statt derselben eine von seinem Herrn direct abhängige Sklavin zu heirathen. Nie aber werden die Ehen gleichgestellter Unfreien als Concubinate bezeichnet. Sie stehen vielmehr bis auf das von der Kirche bekämpfte Trennungsrecht der Herren so sehr den Ehen Freier gleich, dass wir sie sogar zu den Vollehen zählen dürfen. Vollehen konnten auch, wie wir weiter unten noch sehen werden, ausnahmsweise zwischen einem Freien und einer fremden Unfreien geschlossen werden, sofern nämlich im ersten Falle der Herr, im zweiten die Verwandten der Frau zustimmten.

Digitized by Google

Zweiter Theil.

Fassen wir unsere bisherigen Betrachtungen zusammen, so können wir nun behufs Feststellung des Standes der Kinder folgende Arten von Geschlechtsverbindungen unterscheiden:

1) Strafbare:
   a) Entführungen einer Freien durch einen Sklaven,
   b) Verbindungen einer Freien mit ihrem eigenen Sklaven,
   c) Verbindungen eines Freien mit einer fremden Sklavin gegen den Willen ihres Herrn,
   d) Aussereheliche Verbindungen von Clerikern, auch mit eigenen Sklavinnen.
2) Rechtlich indifferente Verbindungen, namentlich vorübergehende eines Laien mit seiner Sklavin.
3) Minderehen, besonders von freien Männern mit ihren Sklavinnen und von Hörigen mit ihren eigenen Mägden.
4) Vollehen; sie können eingegangen werden:
   a) zwischen zwei freien Personen,
   b) zwischen zwei unfreien Personen,
   c) zwischen einer freien und einer fremden unfreien Person.

1) Fragen wir nun, welcher Standesklasse die aus strafbaren Verbindungen hervorgegangenen Kinder angehörten, so finden wir darüber in den Quellen nicht genügende Auskunft. Der in einigen Texten der L. Sal. enthaltene Titel, nach dem Kinder aus Verwandtenehen nicht erben und infam sein sollen, spricht nicht von Freiheit und Unfreiheit. Zudem ist dieser Titel der Interpretatio des Codex Theodosianus entnommen[37]) und im fränkischen Recht kaum jemals auf alle verbotenen Ehen ausgedehnt. Bemerkenswerther ist ein Canon des 9. Concils von Toledo[38]), nach welchem alle Kinder von Clerikern, gleichviel ob die Mutter frei oder unfrei,

---

[36]) Sal. XIII 11 im Cod. 6 und 5, XVI 12 im Cod. 10 und XIV 16 in Lex Emend. (bei Hessels; bei Behrend XIII Zus. 2).

[37]) Interpr. Cod. Theod. III 12 c, 3.

[38]) Conc. Tolet. IX c. 10 (Bruns I p. 250, Mansi p. 29).

Digitized by Google

Sklaven derjenigen Kirchen werden sollten, an welcher der Vater angestellt war. Dieser Canon ist nämlich auch in die im fränkischen Reich geltenden Sammlungen kirchlicher Normen aufgenommen worden.[39]) Meist wird man sich der Kinder aus solch verbotenen Verbindungen wohl durch Aussetzung entäussert haben, wie uns die Häufigkeit des Vorkommens der Aussetzung und ein in der Vita Goaris c. 20 erzähltes Beispiel zeigen.[40])

2) Bei vorübergehenden Verbindungen eines Freien mit seiner Sklavin folgen die Kinder dem Stande der Mutter. Dies folgt aus der uns in der Formel Senon 42[41]) überlieferten Nothwendigkeit der Freilassung eines aus solcher Verbindung hervorgegangenen Mädchens.

3) Die aus der Minderehe eines Freien mit seiner Sklavin stammenden Kinder waren im longobardischen Recht jedenfalls frei, da sie, wie wir gesehen, Rechte und Pflichten hatten, die nur Freien zustehen konnten. Dafür, dass bei den Franken das Gleiche gegolten, spricht auch wohl der Umstand, dass die von Kebsweibern geborenen Söhne der merowingischen Könige mitunter zwar ihr Erbrecht, nie aber ihre Freiheit angefochten sehen.[42])

4) Eine Vollehe konnte nach dem früher erörterten ausser zwischen Freien auch zwischen zwei Unfreien geschlossen werden. Ausnahmsweise finden wir aber auch eine Vollehe zwischen einer freien und unfreien Person. Wie die Ehe zwischen zwei Unfreien nur mit Zustimmung des oder der Herren geschlossen werden konnte, so war auch zur Ehe einer freien mit einer unfreien Person die Einwilligung des Eigenthümers des unfreien Ehegatten nothwendig. Dabei durfte jedoch der freie Ehegatte nicht der Eigenthümer des unfreien Gattentheils sein; denn solche Verbindung wäre ja, je nachdem der Mann oder die Frau frei war, eine Minderehe oder eines der am härtesten bestraften Verbrechen gewesen. Wollte ein

---

[39]) Jvon. Decret. VI 425, Collectio trium Partium II 40, 4. (siehe Friedberg, Corp. Iur. Can. p. 761 Note 24.)

[40]) Mabillon Acta S. Ordinis Bened. saec. II p. 278.

[41]) Ed. Zeumer p. 204 (Roz. 100) „non est incognitum . . . . , quod ego in ancilla mea tibi generavi et postea ante domno illo rege . . . . tibi ingenua demissi.

[42]) Gregor. Turon. Hist. V 20 cf. Waitz V. G. II 185, der aber Unrecht hat, wenn er meint, dass die Erbfähigkeit der Königssöhne in Gregor und Columban (Jonas Vita Columbani c. 31) deshalb angezweifelt wurde, weil ihre Mütter nicht Königstöchter seien; nur der unfreie Stand derselben erregte Bedenken.

Digitized by Google

Freier mit seiner eigenen Sklavin eine Vollehe eingehen, so war ihm in der Freilassung der Weg dazu gegeben.[43]) Dementsprechend wurde auch, wenn eine freie und eine einem Andern gehörende unfreie Person einander zu heirathen begehrten, gewöhnlich die ganze Frage durch Aufhebung des Standesunterschiedes der beiden Nupturienten erledigt. Mitunter verlieh der Herr des oder der Unfreien demselben, sei es aus Humanität, sei es für pekuniäre Gegenleistungen die Freiheit.[44]) Weit öfter aber begab sich der freie Ehegatte selbst in die Knechtschaft des Herrn des Unfreien.[45]) Dabei müssen wir aber die Fälle, in denen der männliche und diejenigen, in denen der weibliche Theil der Eheleute frei ist, besonders betrachten.

a) Schon in den ältesten, vom römischen Recht noch ganz unberührten Redactionen der lex Sal.[46]) findet sich die Bestimmung, dass die Freie, welche einen fremden Sklaven geheirathet hat, Sklavin des Herrn ihres Gatten werden soll. Dasselbe verordnete der zur Zeit der germanischen Invasion und daher auch später, soweit römisches Recht in Betracht kam, in Gallien geltende Theodosianische Codex.[47]) Nach salischem Recht ist es dabei gleichgültig, ob der Sklave den niederen oder höheren Klassen der Unfreien angehört,[48]) während nach römischem Recht unterschieden wurde, ob sich die Freie mit einem der social höher als die übrigen stehenden Sklaven des Fiskus oder mit dem eines Privaten verband. Im ersteren Falle blieb sie frei.[49])

Im deutschen Recht entzog sich ja die Frau, die einen fremden Sklaven heirathete, mochte er nun einem Könige oder einem Privaten gehören, der Gewalt ihres Vormunds, da sie durch ihre Ehe in die Gewalt des Herrn ihres Mannes fiel. War die Ehe ohne Einwilligung ihres bisherigen Gewalthabers geschlossen, so stand es diesem frei, sie als sein Eigenthum von ihrem Manne zurück-

[43]) Ausdrücklich verordnet im longobardischen Recht (Roth. 222 und Liut. 106) und der oben erwähnten westgotischen Rechtsaufzeichnung, zweifellos auch im fränk. Recht geltend.

[44]) Cf. Einharti epist. 60 (Jaffé Biblioth. IV p. 480), wo dieser einen Freien bittet, seine Tochter einem Sklaven, sobald dessen Freiheit erlangt wäre, zur Frau zu geben.

[45]) Ein Beispiel solcher Selbstverknechtung Polypt. Fossatense bei Guérard Irm. Append. 1. c. 22.

[46]) L. Sal. XIII 9. XXV 6.

[47]) L. 1 Cod. Th. ad sc. Claudianum (IV, 11) cf. Pauli Sent. II 21 a.

[48]) L. Sal. XIII 8.

[49]) L. III C. Th. ibid. (IV, 11).

Digitized by Google

zufordern. Siegte ihr Muntwalt in dem sich so erhebenden Rechtsstreit, so wurde die Ehe nicht nur aufgelöst, also der Herr des Sklaven zur Herausgabe der Frau verurtheilt, sondern der Sklave büsste die Entführung auch mit dem Tode, indem er hier, wie bei den geschlechtlichen Vergehen überhaupt, für activ delictsfähig angesehen wurde.[50]) Eine Stelle des longobardischen Rechts Rothari 221[51]) — die hierin vielleicht überhaupt das älteste germanische Recht zeigt, indem die Munt noch das selbständige Handeln der weiblichen Familienmitglieder ausschliesst[52]) — lässt diese Bestrafung des Sklaven stets eintreten, ebenso wenn die Frau demselben freiwillig gefolgt ist, wie wenn er sie gewaltsam entführt hat.

Wesentlich andere Anschauungen herrschen schon in den erwähnten Bestimmungen der Lex Salica. Hier wird bereits die von einer Freien mit einem fremden Sklaven geschlossene Ehe aufrecht erhalten. Allerdings widersprach es dem Volksbewusstsein noch immer so sehr, anzunehmen, dass die Frau freiwillig dem Sklaven gefolgt sei, dass vielmehr gewaltsame Entführung präsumirt wurde.[53]) Gelingt der Nachweis der Unrichtigkeit dieser Präsumtion, so wird der vindicirende frühere Muntwalt zurückgewiesen und die Ehe aufrecht erhalten; nur tritt die gewissermassen bloss civilrechtliche Folge ein, dass die Frau in die Gewalt des Herrn ihres Mannes fällt, also Sklavin wird. Die Entscheidung der Frage, ob die Frau entführt worden, wurde wenigstens im ribuarischen Recht in die ausdrückliche Erklärung der Frau gelegt.[54]) Der Plastik des altdeutschen Rechts entsprechend, geschah diese Erklärung symbolisch und zwar lautet der die betreffenden Bestimmungen enthaltende Titel der Lex Ribuaria 58, 18:

> Quod si ingenua Ribuaria servum Ribuarium secuta fuerit, et parentes eius hoc refragare voluerint, offeratur ei a rege seu a comite spata et conucla. Quod si spatam acceperit, servum interficiat. Si autem conucla, in servitio perseverit.

---

[50]) Jastrow S. 15—21.

[51]) Si servus liberam mulierem aut puellam ausus fuerit sibi in coniugium sociare, animae suae incurrat periculum, et illa qui servum fuerit consentiens, habeant parentes potestatem eam occidendi. . . .

[52]) Heusler Institution. d. Deutsch. Privatr. I S. 105.

[53]) cf. den Zusammenhang von Sal. XIII 7: Si puer regi . . ingenuam feminam traxerit . . , und XIII, 8: Si vero ingenua puella de illis suam voluntatem servum secuta fuerit. Cf. auch Lex Burg. 35, 1 und 2 und Lex Fris. VI, 1 und 2.

[54]) Lex Rib. 58, 18, cf. auch die bei Zöpfl R. A. II 231 n. 7 citirte Stelle aus dem Iglauer Stadtrecht.

Digitized by Google

In Bezug auf diese Stelle begnügte sich zwar einst Heineccius[55]) mit den Worten: „Hic spata est gladius; conucula vero vel gunchula eine Kunkel oder Spindel: cetera satis clara videntur." Seitdem hat sich aber an die genannten Textworte eine grössere Litteratur geknüpft. Zwar der Einfall Davoud-Oghlou's, dass hier die Entscheidung durch ein Loosurtheil gefällt sei,[56]) verdient kaum der Erwähnung und wird auch allgemein zurückgewiesen. Dagegen wird vielfach darüber gestritten, welche Bedeutung die Symbole „Schwert und Spindel" an dieser Stelle haben. Grimm[57]) meint, dass das Schwert hier die zu vollziehende Hinrichtung, die Spindel das Leben in der Knechtschaft bezeichne. Dagegen haben Wackernagel und nach ihm Jastrow mit Recht betont, dass die Spindel hier wie gewöhnlich das Symbol des Ehestandes der Frau sei. Jastrow[58]) fügt jedoch noch hinzu: „Auch Grimm's Auffassung, dass das Schwert hier die zu vollziehende Hinrichtung bezeichnen soll, leuchtet mir insofern nicht ganz ein, als sie auf den Gegensatz von Schwert und Kunkel (wie in swertmage und kunkelmage Grimm R.-A. S. 163) kein Gewicht legt." Es bezeichnet nun aber das Wählen des Schwertes jedenfalls garnicht, dass die Frau „sich selbst" wählt, wie Jastrow[58]) meint; eher schon, dass sie noch weiter in der Muntschaft ihres väterlichen Verwandten (Schwertmagen) bleiben will. Vor Allem aber scheint mir nöthig, darauf hinzuweisen, dass das Ergreifen des Schwertes hier zugleich Solemnität und Symbol ist, wie sich dergleichen ja oft im altdeutschen Recht findet.[59]) Die Frau selbst ersticht den Entführer ganz im Geiste des alten Kriminalprocesses, in dem die Exekution des richterlichen Urtheils in der Regel dem Verletzten und seiner Sippe zufällt.[60])

---

[55]) Antiquitates Germanicae t II (1773) pag. 418.

[56]) Histoire de la Législation d. anciens Germains (1845) I 638 § 4, cf. dagegen Gfrörer Volksrechte II 54, 55, Grimm R. A. S. 168. 171. Sohm R. u. G. V. 60, Zöpfl a. a. O. und besonders die bei Letzterem citirte Parallelstelle aus dem späterem Recht.

[57]) Grimm a. a. O. Jastrow S. 21 u. 18. Wackernagel in Haupt's Zeitschrift für deutsch. Alterth. IX 534.

[58]) Jastrow a. a. O.: „Das Auffallende ist aber, dass dieser Gegensatz" (swertmage und kunkelmage) „hier geradezu auf den Kopf gestellt wird. Die Kunkel bedeutet, dass sie den Mann wählt, das Schwert, dass sie sich selblst wählt."

[59]) Heusler I 72.

[60]) cf. Zöpfl a. a. O. Sohm Process 177 ff.

So konnte denn eine Freie im salischen sowohl wie im ribuarischen Recht mit einem fremden Sklaven eine Ehe eingehen, ohne dadurch anderen Nachtheil als den des Freiheitsverlustes zu erleiden. Die Todes- resp. Achtstrafe der Frau wegen der Ehe mit einem Unfreien finden wir im Frankenreich durchaus auf den Fall der Ehe mit einem ihrer eigenen Sklaven beschränkt.[61]) Von dem Freiheitsverlust blieb die Freie, welche sich mit einem fremden Sklaven zur Ehe verbunden, nur dann bewahrt, wenn der Herr des Unfreien ausdrücklich auf die Geltendmachung aller Rechte an der Frau desselben verzichtete. Dieser Verzicht geschah nach Sitte der Zeit meist urkundlich[62]) in einer sogenannten epistola oder carta conculcatoria,[63]) de agnatione[64]) oder de ingenuitate,[65])[66]) in welcher auch über den Stand der Kinder Bestimmungen getroffen wurden, die meist in Zusicherung der vollen Freiheit bestanden. Es war aber auch möglich, dass nach gewaltsamer Entführung einer Freien ein schriftliches Uebereinkommen zwischen der Frau und den Verwandten derselben einerseits und dem Herrn

---

[61]) Von solchem Fall spricht auch die von Sohm G. V. 60 n. 8 erwähnte Stelle Fredegar Hist. epitom. c. 56. Dieselbe handelt nicht — wie man daraus schliessen müsste, dass Sohm sie einen Anwendungsfall von Rib. 58, 18 nennt und mit dem späteren „Widerspruchsrecht der nächsten Verwandten gegen die Ergebung in die Unfreiheit" in Verbindung bringt — von der Heirath einer Freien mit einem fremden Sklaven.

[62]) Von den zahlreich erhaltenen Mustern in den Formelsammlungen gehören der Merowingerzeit an Andeg. 59, Marc. II 29, Sen. 6, Bign. 11.

[63]) So Ueberschrift von Bign. 11 (Roz. 109) und Morb. 18 (Roz. 108). Die Bedeutung des Wortes erhellt aus formul. Merkel. 31 ut secum illo leveet et conculcet. Conculcatoria kommt von conculcare, collocare frz. coucher. S. Rozière Recueil p. 131 und Zeumer S. 232 n. 1, obwohl sich philologische Bedenken dagegen geltend machen können.

[64]) So in Marc. II 29 (Roz. 107) Sen. 6 (Roz. 105). Dies bedeutet einfach eine Urkunde über die Nachkommenschaft. Dass agnatio in den Quellen dieser Zeit vorwiegend im Sinne von Nachkommenschaft gebraucht wird, s. Zeumer Beerbung der Freigelassen. (in Forsch. z. d. G. 16) S. 602.

[65]) So Lindenbrog 20 (Roz. 108).

[66]) Nach Zöpfl R. G. ibid. n. 13 b und R. A. II, 163 wäre zu den Namen dieser Urkunden auch carte triscabina zu rechnen. So wird allerdings form. Lind 20 im Text und von einer Variante auch in der Rubrik bezeichnet. Es bezieht sich diese Bezeichnung aber nur auf die Form der Ausstellung, nicht auf den Inhalt, indem wahrscheinlich jede von 3 Schöffen unterschriebene Urkunde so gennnnt werden konnte. So Rozière I p. 136 n. Zöpfl will die Bezeichnung in trivescapina umdeuten; sie heisse also „Treuschaftsurkunde" Gegen die Erklärung Rozière's wendet er ein, dass mit den 3 Schöffen auch der Graf anwesend gewesen und dass, wenn dies der Fall, seine Anwesenheit in der Urkunde erwähnt sein müsste. Es ist aber beides gleich unbewiesen.

Digitized by Google

des Verführers andererseits dahin getroffen wurde, dass Straflosigkeit eintreten, eine Ehe zwischen der Entführten und dem Unfreien begründet und jener und ihren Nachkommen die Freiheit erhalten bleiben sollen. (Marc. II 29.)

Nach dem salbungsreichen Stil der epistulae conculcatoriae ist wohl anzunehmen, dass ihre Verfasser vorzugsweise Geistliche waren. Auch die in diesen Urkunden z. B. in Marc. II 29 erwähnten amici vel boni homines, deren Vermittelung die Beilegung des Streites zu danken sei, sind wohl meist Geistliche gewesen. Werden doch in den verwandten Formeln, welche die Beilegung von Streitigkeiten aus wider Willen des Muntwalts geschlossenen Ehen zwischen Freien behandeln, die Vermittler sogar ausdrücklich mit den Worten: sacerdotes vel boni homines,[67]) sacerdotes vel reliquae inlustres personae[68]) bezeichnet. Demgemäss stehen auch die Bestimmungen solcher Sicherungsurkunden unter dem Schutz der Kirche. Wurde doch in dem 4. Concil von Orléans ausdrücklich folgende Bestimmung getroffen:

> „Wenn Nachkommen von Sklaven durch die Erben desjenigen geknechtet werden, der einst auf alle Rechte gegen die freien Ehegatten dieser Sklaven und ihre Descendenz verzichtet hat, so sollen sie trotz langen Lebens in der Knechtschaft wieder in den von dem Verstorbenen bestimmten Stand eingesetzt werden. Laien, welche sich dieser Vorschrift aus Gewinnsucht widersetzen, sollen bis zur Besserung von der Kirchengemeinschaft ausgeschlossen sein.[69]“)

b) Der Freie, der eine fremde Sklavin ehelichen wollte, konnte dies Ziel nicht anders als mit Einwilligung ihres Herrn erreichen. Heirath ohne Consens hätte die Strafe für Schwächung der Sklavin herbeigeführt. Diese Strafe wäre bei fortgesetzter Missbilligung der Heirath seitens des Herrn der Unfreien so oft erneut worden, bis ihr Ehemann aus Mangel an Vermögen der Strafe der Acht verfallen wäre. Die erforderliche Einwilligung des Herrn der Sklavin konnte aber derjenige, welchem die Mittel, sie für Geld zu erwerben, fehlten, nur durch Ergebung in die Knechtschaft erlangen. Schon in den ältesten Texten der Salica wird daher geradezu

---

[67]) Marc. II 16, Tur 16 (Roz. 243, 241).

[68]) Lindenb. 16 (Roz. 242).

[69]) Conc. Aurel. IV a. 541 c. 24 (Bruns II pag. 205, Mansi IX p. 117).

verordnet, jeder Freie, der sich mit einer Unfreien offen, d. h. zum Zwecke der Ehe verbunden, solle unmittelbar, also auch ohne ausdrückliche Unterwerfung der Knechtschaft ihres Herrn verfallen sein.[70]) Diese Verordnung scheint im Interesse der Aufrechterhaltung der betreffenden Ehen ergangen zu sein. Der Freie, der sich mit einer fremden Sklavin zur Ehe verbunden, konnte nicht mehr wegen Fortsetzung des ehelichen Verhältnisses weiteren Vermögensstrafen und der Acht verfallen, allerdings auch nicht hoffen, sich einer öffentlich eingegangenen Verbindung durch Geldbussen wieder zu entziehen.

Auffallend ist, dass in den uns überlieferten Formelsammlungen keine Muster zu Urkunden vorkommen, in welchen den epistulae conculcatoriae der freien Frauen entsprechend, auch freien Männern bei Eingehung von Ehen mit fremden Sklavinnen die Freiheit garantirt wird. Gfrörer sucht dies aus psychologischen Gründen zu erklären.[71]) Weit einfacher lässt sich das Fehlen dadurch begründen, dass es dem Manne freistand, eine fremde Sklavin, welche er zur Ehe begehrte, von ihrem bisherigen Herrn zu kaufen und dann zu ehelichen, während es ja den freien Frauen bei strenger Strafe verboten war, sich mit ihren eigenen Sklaven zu vermählen. Eine freie Frau konnte, wenn sie einen fremden Unfreien liebte, eine Ehe mit ihm bei Erhaltung ihrer Freiheit nur dadurch ermöglichen, dass sie sich von seinem Herrn eine epistula conculcatoria verschaffte. Aus diesem Grunde wurden solche Urkunden weit häufiger für Frauen als für Männer entworfen. Daraus aber, dass solche Freiheitsgarantirungsbriefe für Männer in den uns überlieferten Sammlungen ganz fehlen, kann man immerhin mit Sicherheit nur soviel schliessen, dass Freiheitsgarantirungsbriefe für Männer seltener, nicht aber dass sie gar nicht vorkamen. So zog in der älteren Zeit, falls nicht ein besonderer Verzicht des Herrn des unfreien Ehegatten vorlag, jede Ehe mit einem fremden Sklaven für den freien Gatten den Verlust der Freiheit nach sich. Dabei wurde zwischen der Ehe mit einem Leibeigenen und der Ehe mit einem Hörigen nur der Unterschied gemacht, dass im ersten Falle der freie Nupturient leibeigen, in letzterem hörig wurde. Die Ehe einer Hörigen mit einer in unbeschränkter Knechtschaft lebenden Person hatte wohl schon im älteren fränkischen Recht dementsprechend zur Folge, dass der bisher Hörige in volle Sklaverei

---

[70]) Salica XIII 9, XXV 5 cf. p. 24.

[71]) II S. 84.

Digitized by Google

versetzt wurde. Freilich können wir dies nur aus späteren[72]) und verwandten Rechtsbestimmungen schliessen.

Abgesehen von einer nachher zu besprechenden Bestimmung der Lex Salica finden wir Milderungen dieser aus der Ehe mit niedriger stehenden Personen entspringenden Rechtswirkungen zunächst in dem in der ersten Hälfte des 7. Jahrhunderts entstandenen Titel 58 der Lex Ribuaria. Derselbe bildet den Haupttheil eines die meisten Verhältnisse der Königs- und Kirchenleute regelnden Gesetzes, welches nach Brunner wahrscheinlich auf König Dagobert I zurückzuführen, also in die Jahre 628—639 zu legen ist.[73]) Die Abweichungen von der gewöhnlichen Standeserniedrigung erscheinen durchweg als Privilegium der Königs- und Kirchenleute. Der Titel 58 bestimmt nämlich, wie folgt:

1) Der Hörige der Kirche, der die Leibeigene eines Ribuariers heirathet, soll nicht der Leibeigenschaft verfallen.[74])

2) Der und die Freigeborene, welche eine im Eigenthum des Königs oder der Kirche stehende, gleichviel ob hörige oder leibeigene Person heirathen, behalten ihren früheren Stand. Nur muss, wer einen Mann oder eine Frau, die dem Fiskus oder der Kirche Dienste zu leisten hatte, durch die Ehe dem Herrn derselben entzog, Letzterem den Königsbann von 60 solidi zahlen. Dabei sollen aber die Kinder, die aus der Ehe eines Freien mit einer den genannten Klassen der Unfreien angehörenden Person hervorgehen, unfrei sein.[75])

Dies Gesetz Dagobert's scheint jedoch nur dasjenige gesetzlich fixirt zu haben, was schon früher in den meisten Fällen vertragsmässig geschah.

Wenn nämlich, wie wir früher gesehen, die Kirche mitunter volle Standesgleichheit zur Eingehung von Ehen forderte, so bezog sich

---

[72]) cf. Lex Rib. 58 c. 9: si autem tabularius ancillam regiam aut ecclesiasticam seu ancillam tabularii in matrimonium sibi sociatus fuerit, ipsum cum ea servus permaneat. cf. Rothari 219 und Burchardi Wormat. leges et statut. c. 16 (Grimm Weisthümer I S. 805).

[73]) So Brunner R. G. I 306. Mayer (z. Entsteh. der l. Rib. 1886) lässt das ganze Gesetzbuch gleichzeitig und zwar um 626 entsanden sein, ähnlich Schröder (R. G. S. 226), der die Entstehungszeit der lex Rib. ausser tit. 1—31 in die Regierungszeit Dagoberts I verlegt. Andrer Meinung Sohm in Einleitung zur Ausgabe Ribuaria in L. L. V p. 189—192 und Zeitschr. f. Rechtsgesch. V S. 433—443, der das Königsgesetz auf Childebert (575—596) zurückführte.

[74]) Rib. 58 c. 10: si autem tabularius ancillam Ribuariam acciperit, non ipse, sed generatio eius serviat.

[75]) Ribuaria 58 c. 11, 12, 13, 14.

diese Forderung doch vorzugsweise auf die Ehen von Freien mit deren eigenen Unfreien.[76]) Bei letzteren Ehen war ja die nach kirchlicher Vorstellung im Wesen der Ehe liegende gleiche Treuverpflichtung der Ehegatten, sowie die Unauflöslichkeit des Verhältnisses gefährdet. Zwar bestimmten die Bussbücher,[77]) dass die Sklavin, welcher der Herr seine Gunst geschenkt, schon dadurch frei werde; doch gelangte diese Bestimmung wie so viele andre Anordnungen der geistlichen Rechtsquellen zu keiner allgemeinen Wirksamkeit. Es hinderte vielmehr rechtlich den Herrn nichts, seine zur Favoritin oder auch zur Kebsfrau erhobene Sklavin zu verkaufen. Bei den Ehen zwischen einer Freien und einer fremden unfreien Person gehörte der freie Ehegatte meist zu den ärmeren Klassen der Bevölkerung, schon deshalb, weil er sonst Loskauf des unfreien leicht hätte erlangen können. Beide Ehegatten standen also einander social meist sehr nahe. Demnach hatte auch die Kirche keinen Grund zur Abneigung gegen diese Ehen Freier mit fremden Unfreien und gegen die ähnlichen Ehen Höriger mit fremden Leibeigenen. Vielmehr suchte sie sogar den, einer höheren Rechtsklasse angehörenden, Ehegatten vor Standesverlust in Folge seiner Ehe zu bewahren.[78])

Wir haben gesehen, dass gerade Geistliche meist die Vermittler in dem Rechtsstreit zwischen den Verwandten einer Freien, die sich mit einem Unfreien vermählt und dem Herrn desselben bildeten. Ebenso dürfte die Kirche auch vorzugsweise einen friedlichen Ausgleich herbeizuführen gesucht haben, wenn sich Streitigkeiten aus den Ehen ihrer eigenen Unfreien zu entwickeln drohten. Dabei strebte sie zugleich aber darnach, ihren Hörigen, welche Ehen mit fremden leibeigenen Sklaven eingingen, den früheren Stand zu bewahren. Durch weltliche und geistliche Mittel mag sie auf den Herrn der Sklavin eingewirkt haben, dem Nupturienten derselben eine den oben erwähnten Epistolae conculcatoriae entsprechenden Urkunde auszustellen, in welcher er ausdrücklich allen Rechten auf ihn entsagte. Dadurch bewahrte die Kirche nicht nur ihren Hörigen in mütterlicher Fürsorge vor dem Sturz aus der höchsten auf die niedrigste Stufe der Unfreiheit. Sie erhielt sich auch zugleich

---

[76]) cf. oben n. 34.

[77]) Poenitentiale Theodori (ed. Wasserschleben p. 217) cf. Friedberg, aus deutschen Bussbüchern Halle 1868 S. 14.

[78]) cf. die Formel für eine von einem Abt auszustellende epist. conculc. in Bign. 11 (Roz. 109) und aus caroling. Zeit die Briefe Einhard's 40 und 60 (Jaffé Bibl. IV p. 468 u. 480).

Digitized by Google

seine Abgaben, welche sie natürlich verloren hätte, wenn er von dem Herrn seiner leibeigenen Frau selbst als Leibeigener in Anspruch genommen wäre. Hierin liegt auch wohl der Grund, aus dem sie nur die männlichen, nicht aber die weiblichen hörigen Personen vor dem Sturze in die Leibeigenschaft im Falle der Ehe mit einem Leibeigenem bewahrte. Beabsichtigte aber einer der Hörigen der Kirche sich mit einer Freigeborenen ehelich zu verbinden, so waren die Bischöfe oder Äbte aus religiösen Gründen zur Vermeidung von weiteren Zwistigkeiten nicht abgeneigt, auf das Recht der Inanspruchnahme des freien Ehegatten zu verzichten. Konnten sie sich doch dabei für den Verlust an Abgaben durch Geld entschädigen lassen und sich das Eigenthum an allen Kindern des Hörigen vorbehalten. Bei dem Einfluss, welchen die Kirche auf die Staatsleitung ausübte, gingen auch wohl die Verwalter der Fiscalgüter von ähnlichen Grundsätzen wie die der kirchlichen aus.

Alle diese Erwägungen, besonders aber die Verordnung, dass Kirche und Fiskus noch in jedem einzelnen Falle für die Entziehung des in Aussicht stehenden Gewinns eines neuen Hörigen durch 60 sol. entschädigt werden mussten, sprechen für unsere Anschauung von der Bedeutung der erwähnten Bestimmungen des tit. 58 der Rib. Wir haben in ihnen nicht sowohl auf ethischen Rücksichten beruhende gesetzgeberische Neuerungen der Ständeverhältnisse, als vielmehr einen gelungenen Versuch zu sehen, dasjenige, was bisher in einzelnen Fällen den Inhalt eines Vertrages von Vertretern der Kirche und des Staates mit Privaten bildete, zur allgemeinen und unabhängig vom Willen der privaten Interessenten geltenden Rechtsregel zu machen.

So konnte seit dem Gesetz König Childeberts in einigen Fällen eine freie mit einer fremden unfreien Person eine Ehe eingehen, ohne ihre Freiheit zu verlieren, auch ohne dass vorher Verträge zwischen dem Herrn des unfreien und dem freien Nupturienten resp. seiner Sippe geschlossen waren. Während früher der Stand der Kinder in diesen Verträgen bestimmt war, fiel es jetzt dem Gesetze zu, für solche Fälle Vorsorge zu treffen. Hier sollte nun der Umstand, dass der unfreie Ehegatte den freien nicht mehr in die Sklaverei zog, auf den Stand der Kinder keinen Einfluss haben, mit andern Worten: dieselben sollten unfrei sein. Zugleich war verordnet worden, dass auch Kinder aus Ehen zwischen Hörigen und Leibeigenen leibeigen werden sollten. Es galt also hier der Rechtssatz, dass das Kind demjenigen seiner Eltern, welcher den schlechteren Status besitze, folgen solle; der nämliche Rechtssatz, der in der Parömie „das Kind folgt der ärgern Hand“ seinen

Digitized by Google

Ausdruck gefunden hat. Diese Parömie scheint sogar an jener Stelle frei ins Lateinische übersetzt zu sein.[79])

Den erwähnten Bestimmungen des ribuarischen Rechts entspricht es auch einigermassen, dass nach späteren, aber noch der Merowingerzeit angehörenden Texten[80]) der lex Sal. einem Freien die Ehe mit einer fremden Litin gegen eine Abgabe von 30 sol. erlaubt wird.[81]) Welchem Stande die Kinder aus solcher Ehe angehören sollten, wird nicht gesagt. Jedoch können wir annehmen, dass im salischen Recht es den erwähnten Bestimmungen des ribuarischen entsprechend ebenfalls bei der früheren Rechtswirkung verblieb, d. h. dass die Kinder so behandelt wurden, als wenn ihr Vater wie früher durch die Ehe mit einer Litin seine Freiheit verloren hätte. Sie gehörten also dem Stande der Unfreien an. Das gleiche galt auch, falls etwa in der Urkunde, welche die Freiheit eines mit einer fremden Unfreien sich verbindenden Freien garantirte, keine näheren Bestimmungen über den Stand der Kinder aufgenommen waren. Dass sowohl durch jenen aus gesetzlichen Gründen wie durch diesen aus Verzicht des Interessenten stammenden Ausschluss der Vindication des freien Ehegatten die Stellung der Kinder nicht verbessert wurde, sie vielmehr nach wie vor unfrei waren, beweisen uns zahlreiche Formeln, welche uns Erhebung, Durchführung und Ergebniss von Freiheitsprozessen schildern; denn in ihnen werden oft Personen schon wegen der Unfreiheit eines Elterntheils oder sogar eines Theils ihrer Grosseltern als unfrei in Anspruch genommen.[82]) Dass jemand nur seiner väterlichen oder nur seiner mütterlichen unfreien Ascendenten wegen als Sklave reclamirt werden kann, geht auch aus einer Stelle der Extravaganten der Lex Salica hervor. An jener Stelle werden nämlich ausdrücklich

---

[79]) Rib. 58 c 10: Generatio eorum semper ad inferiora declinentur.

[80]) Sohm R. u. G. V. 41—46, Waitz das alte Recht d. sal. Fr. 7—11.

[81]) L. Sal. XIII 10 in Hessels Cod. 6 u. 5 und in Emend. (XIII. 15). Eigentlich handelt es sich dem Wortlaut nach um eine Bestrafung dieser Ehe, in der ja eine Verletzung des Eigenthums des Herrn liegt. Aber wir haben hier nur ein „in coniugium sociare“ nicht mehr ein traxerit, prisserit vor uns und die Busse ist verhältnissmässig sehr gering (Wergeld der Litin = 100 sol.).

[82]) Senon. 22 (Roz. 459): Repetebat ei, quod genitor suos aut genetrix sua coloni sui fuissent. Sal. Merkel. 28 (Roz. 481): Repetebat adversus eum, dum diceret., eo quod servus suus de parte genitoris esse deberet. Lind. 21 (Roz 250): hominem . . interpellabat, dum diceret, eo quod . . de ipso servitio neglegens ad esse videretur, quod genitor suus vel genetrix sua aut avus suus vel avia sua focerint s. auch Senon. recent. 2 u. 5 (Roz. 479 u. 480).

Digitized by Google

Bestimmungen über Qualität und Zahl der Eideshelfer bezüglich solcher Rechtsstreitigkeiten getroffen.[88])

Fassen wir nun zum Schluss ganz kurz die wichtigsten Resultate dieses letzten Abschnitts zusammen, so ergiebt sich, dass im fränkischen Recht:

1) Kinder aus Ehen (Minderehen) eines Freien mit seiner Sklavin frei, aus vorübergehender Verbindung mit solchen unfrei werden.

2) Ehen von Freien mit fremden Sklaven führen zur Verknechtung des Freien, soweit nicht der Herr des unfreien Ehetheils hierauf Verzicht geleistet; ebenso führen Ehen von Hörigen mit fremden Leibeigenen zur Versetzung in die Leibeigenschaft.

3) Nachdem man in einzelnen Fällen von der Verknechtung des freien Ehegatten resp. der Versetzung des Hörigen in den Stand der Leibeigenen abgegangen, entwickelte sich der Rechtssatz, dass die Kinder der ärgern Hand folgen.

---

[88]) Behrend S. 121 c. 2 Mitte: Et si ex paterna genealogia mallatur ... Quod si vero ex materna progenie mallatur ... Bei Hessels S. 421.

Digitized by Google

Anhang zum ersten und zweiten Theil.

Unsere Ausführugen über das Bestehen der Kebsehe und über die rechtliche Auffassung der Ehen Freier mit fremden Sklavinnen vermögen wir durch ein neues Argument zu bekräftigen, wenn wir auf Grundlage der Forschungen Waitz's und Sohm's[84]) die Behandlung dieser Verhältnisse in den verschiedenen Redactionen der Lex Sal. ins Auge fassen.

Den Fall der Ehe Freier mit Sklavinnen behandeln von den älteren Texten Hess. Cod. 2, 3, 4 (Pard. 1, 2) in tit. 25. Es ist also anzunehmen, dass dasselbe in dem ältesten Text der Fall gewesen ist. Pard. 4 (Hess. 7) hingegen spricht hiervon in tit. 13, ebenso Pard. 3 (Hess. 6), der letztere Text bringt aber, wie auch bei andern Gelegenheiten, dieselben Rechtssätze doppelt, einmal in Uebereinstimmung mit den älteren Texten, das andere Mal entsprechend Pard. 4. Demnach hat das die Titelfolge verändernde, in der letzten Zeit des 6. oder im Anfange des 7. Jahrhunderts entstandene, von Sohm[85]) als Text D bezeichnete, Rechtsbuch in tit. 13 über die Ehen mit fremden Unfreien gehandelt.

Der älteste Text muss nun etwa wie derjenige der Wolfenbüttler Handschrift (Hess. Cod. 2) gelautet haben:

C.[1]: Si quis ingenuus cum ancillam alienam mecatus fuerit et ei fuerit adprobatum, sol. XV culp. iud.

C.[2]: Si vero cum regi ancilla mecatus fuerit et ei fuerit adprobatum, sol. XXX culp. iud.

C.[3]: Si quis ingenuus cum ancillam alienam publice se[85a]) iunxerit, ipsi cum eam in servitio cadat.

Diesem ältesten Text gemäss stellt sowohl der Thatbestand der Schwächung wie der der Ehelichung einer fremden Sklavin eine Eigenthumsverletzung dar, während zugleich auch, da der vorher-

---

[84]) Waitz d. a. R. 3–44 V. G. II 129—135, Sohm R. und G. V. 41–46 cf. auch Behrend, Lex Sal. Vorwort, Hess. L. Sal. Introduction.

[85]) A. a. O. 41.

[85a]) „Se“ können wir wohl aus Cod. I emendieren.

Digitized by Google

gehende Titel 24 von der Verletzung freier Jungfrauen handelt, bei der Schwächung der Sklavin auch noch der rechtliche Gesichtspunkt des Sittlichkeitsvergehens i. Allg. in Betracht gezogen werden kann. Dagegen ist der Strafgrund schwerlich die Verletzung der eigenen Standesehre,[86]) da sonst auch Verbindungen mit eigenen Sklavinnen unter Strafen stehen müssten. Auch enthält die Stelle keinerlei Zwang für den Ehemann zum Aufgeben der Frau wider seinen Willen; vielmehr sollte die Ehe fortbestehen, wenngleich unter Standeserniedrigung. Für diese Geschlechtsverbindung vermeiden die vier ältesten Texte den Ausdruck „Ehe“ (coniugium) und sprechen vielmehr nur von einem publice se iungere, offenbar weil die Verbindung, da der Mann die Sklavin für seine eigene hielt oder als solche auszugeben suchte, als Minderehe geschlossen war. Coniugium findet sich sonst schon in den vier ältesten Texten in tit. XIII 10 für die Ehen zwischen Freien, in XXV 9 für diejenigen zwischen zwei Sklaven. Letzterer Sprachgebrauch bestätigte unsere S. 7—10 aufgestellte Ansicht über die Vollehenatur der Geschlechtsverbindungen zwischen zwei gleichstehenden Unfreien.

Endlich gibt auch Text D, da wo er von den Verbindungen Freier mit fremden Sklavinnen spricht, ein Argument für meine Behauptungen in Betreff der mit den eigenen Sklavinnen eingegangenen Ehen. Text D tit. 13 muss nämlich entsprechend Hessel's Cod. 7 (Pard. 4) gelautet haben: Si quis ingenuus ancilla aliena priserit in coniugio malb. bonimo, ipsi cum ea in servitio implicetur. Es liegt also wieder ein Eheverhältniss mit einer fremden Sklavin vor, die ihr Ehemann für seine eigene hielt. Das Verhältniss wird jetzt coniugium genannt, aber die Glosse fügt erläuternd hinzu bonimo, wofür sich in andern Handschriften honemo findet. Dies honemo (bonimo) erklärt Kern[87]) aus rein sprachlichen Gründen für „Minderehe“ (lower sort of marriage), eine Erklärung, die wohl ebenso unsere Ausführungen unterstützt, wie von ihnen unterstützt wird.

[86]) Dies spricht Gfrörer II 47 direkt aus und fast alle, die diesen Punkt berührt, scheinen seine Ansicht zu theilen. Auch irrt Gfrörer, wenn er annimmt, dass der Ausdruck „in servitio permaneat“, welcher sich an unserer Stelle in einigen Handschriften für in servitium cadat findet, mit Absicht gewählt sei. „Er soll anzeigen, dass derjenige, welcher sich — nach Ansicht des Gesetzgebers — auf solche Weise entehrt hatte, nie mehr freigekauft werden kann.“ Das widerspräche durchaus dem Sprachgebrauch der L. Sal.

[87]) Hessels—Kern p. 470 § 80, nur nimmt K. unrichtiger Weise Eingehung dieser Ehe durch Frauenraub an. Wo davon die Rede ist, findet sich unsere Glosse nicht.

Digitized by Google

Dritter Theil.

Als fast ausschliessliche Quelle sind wir in der folgenden Untersuchung auf die Capitularien beschränkt. Wie andere Materien hat aber auch die rechtliche Behandlung der geschlechtlichen Verbindungen der Unfreien in der Karolingischen Gesetzgebung keine einheitliche Regelung gefunden. Es werden vielmehr nur auf Anfragen der missi einzelne zweifelhafte Fälle entschieden, dann aber auch mehrfach specielle Vorschriften gegeben; aus diesen Entscheidungen und Verordnungen müssen wir dann — soweit möglich — mit Zuhilfenahme anderer Quellen den allgemeinen Gang der Rechtsentwicklung zu erforschen suchen.

I. Wenden wir uns zunächst zu der geschlechtlichen Verbindung zweier Unfreier untereinander, wobei wir vorerst von Fällen von Standesverschiedenheit innerhalb des Unfreienstandes absehen. Solche Verbindung wurde schon in der Merowingischen Zeit seitens der Kirche, sofern nur ausser den sonstigen Bedingungen auch die der Einwilligung des Herrn erfüllt war, als Vollehe betrachtet. Dass es so war, würde schon, abgesehen von der Unwirksamkeit des von Scherer für die gegentheilige Annahme versuchten Beweises, aus der früher besprochenen Benennung dieser Verbindungen in kirchlichen Schriftstellern, Urkunden und Gesetzen und aus dem oben erwähnten c. 24 des Conc. Aurel. IV hervorgehen.[1]) Es folgt aber auch aus zwei Beschlüssen des bald nach der Königskrönung Pippins abgehaltenen, also noch der Merowingischen Zeit sehr nahe stehenden Concils von Vermery c. 19 u. 20[2]); mit den andern Beschlüssen des genannten Concils wurden übrigens auch diese von Pippins zu Staatsgesetzen erhoben. Wichtig ist vor allem c. 19:

> Si servus aut ancilla per venditionis causam separati fuerint, praedicandi sunt ut sic maneant, si eos reiungere non possumus.

---

[1]) Siehe oben S. 7 ff.

[2]) Cf. L. L. II (ed. Boret.) p 41.

Digitized by Google

Es zeigt sich hier, abgesehen von der kirchlichen Wohlthätigkeit, welche grade in solchem Falle Wiedervereinigung der beiden unfreien Ehegatten zu erreichen suchte, auch die volle Anerkennung der Sklavenehe als Sakrament. Nur von dieser Anschauung aus ist es ja zu verstehen, dass die durch Verkauf getrennten unfreien Ehegatten vor Eingehung einer neuen Ehe gewarnt werden. Nach c. 20[3]) derselben Synode soll der Freigelassene, der als Sklave mit einer Unfreien in der Ehe gelebt, nach seiner Freilassung aber eine Freie geheirathet, die zweite Frau entlassen; denn die einmal gültige Ehe mit der ersten kann ja nur durch den Tod, nicht aber durch Standesveränderung eines Gatten gelöst werden. Die Anerkennung der Sklavenehe seitens der Kirche[4]) zeigt sich auch in c 15 der Synode zu Vernum:

„Ut omnes homines laici publicas nuptias faciant tam nobiles quam ignobiles". (ed. Boret. p 36.)

Es ist jedenfalls gar kein Grund vorhanden, hier unter den ignobiles nicht oder wenig begüterte Freie zu verstehen, wie Waitz[5]) will. Nur kann man andrerseits diesen Beschluss schwerlich mit Gfrörer[6]) als deshalb von der Kirche gefasst ansehen, um die echte Ehequalität der Sklavenehe zu documentiren und die Herren an der Auflösung der Ehen ihrer Unfreien durch gesonderten Verkauf eines Gatten zu hindern. Ersteres war nicht nöthig, letzteres wurde dadurch nicht erreicht. Die Bestimmung ist vielmehr Annahme und Ausführungsverordnung einer königlichen Vorlage,[7]) welche nur die

[3]) Ut ille cartellarius, qui cum ancilla manserit, cum eam, iuxta legem libertate a domino suo accepta, dimiserit aliam accipiens, posteriorem dimittat

[4]) Sie geht doch auch aus diesen beiden Bestimmungen des conc. Vermer. in Verbindung mit dem früher erwähnten schon für die merowingische und die Anfänge der karolingischen Zeit deutlich genug hervor. Es liegt doch auch gar kein Grund vor, daran zu zweifeln, dass die Kirche, die den Sklaven aller andern Sacramente, bekanntlich auch der Ordination (cf. lex Rib. 36 c. 5 in Cod. B u. Sohms Note 74 in LL. V p. 230) für fähig hielt, ihn gerade für des Ehesacraments unwürdig angesehen hätte. Wir brauchen deshalb sicher nicht mit Sohm Ztschr. f. Krchr. XVII (1886) S. 173 die kirchliche Anerkennung der Sklavenehe im neunten Jahrh. damit in Verbindung zu bringen, dass damals schon die Unfreien durch das Hofrecht gegen Willkür geschützt gewesen seien.

[5]) V. G. IV 331 N. 1. Doch hat Ölsner König Pippin S. 252 N. 1 Recht, wenn er die Unterscheidung zwischen nobiles u. ignobiles für mehr biblischen als fränkischen Sprachgebrauch entnommen erklärt.

[6]) II S. 69.

[7]) Ölsner hat a. a. O. S. 468 in einem Excurse nachgewiesen, dass den Beschlüssen des Concils von Vernum das von Boretius S. 31 gegebene Capitulare Pippini Regis als Vorlage gedient hat, der sich die Concilsbeschlüsse ziemlich genau anschlossen.

Digitized by Google

Verhinderung incestuoser Ehen im Auge hat.[8]) Während die Kirche die Sklavenehen so ganz als Vollehen betrachtete und während die kirchliche Liebesthätigkeit schon früh die Trennung zweier unfreien Ehegatten möglichst zu verhüten suchte, wurde doch erst 813 in dem Concil von Chalons[9]) dem Eigenthümer zweier verheiratheten Unfreien kirchenrechtlich verboten, ihre Ehe durch gesonderten Verkauf eines Ehegatten zu lösen. Doch gilt dabei rechtmässiges Zustandekommen dieser Ehen, zu dem auch die Einwilligung des Herrn gehört, als Bedingung. Eine verwandte Bestimmung findet sich auch im liber Papiensis.[10]) Dieselbe hat aber jedenfalls nicht im weltlichen Recht des eigentlichen Frankenreichs Geltung gehabt und es ist sogar zweifelhaft,[11]) ob sie durch ein für die Lombardei erlassenes Gesetz Karls oder seines Sohnes Pippin oder nur durch die Hinübernahme der erwähnten kirchlichen Bestimmung seitens eines Compilators in dies weltliche Rechtsbuch gekommen ist. Übrigens ist es bezeichnend, dass die Expositio des liber Papiensis nach diesem Gesetze eine Verordnung König Liutprands aufgehoben sein lässt, welche auch eine ohne Zustimmung des Herrn zu Stande gekommene Ehe gegen Ehebruch schützt.

Dass die Einwilligung des Herrn noch im ganzen neunten Jahrhundert eine nothwendige Bedingung der Sklavenehe war, erkennen wir aus vielfachen Verordnungen weltlicher wie geistlicher Rechtsquellen. So schärft z. B. die Instruktion des Baseler Bischofs Haito (807—813) an die ihm untergebenen Cleriker diesen ein,[12]) dass Sklaven nur mit Genehmigung ihrer Herren eine Ehe schliessen können; nur solle bei schon geschlossner Ehe Einwilligung des Herrn da präsumirt werden, wo bei der Schliessung kein ausdrücklicher Widerspruch erfolgt sei. So hält auch eine Bestimmung Benedikt Levitas,[13]) welche den Herrn die Scheidung der Ehen ihrer

[8]) Boretius l. c. c. 1. De incestis.

[9]) Con. Cabil. c. 30 Mansi XIV p 99: Dictum nobis est, quod quidam legitima servorum matrimonia potestativa quadam praesumptione dirimant, non attendentes illud evangelicum: Quod Deus coniunxit, homo non separet. Unde nobis visum est, ut coniugia servorum non dirimantur, etiamsi diversos dominos habeant; sed in uno coniugio permanentes dominis suis serviant. Et hoc in illis observandum est, ubi legalis coniunctio fuit et per voluntatem dominorum.

[10]) L. L. IV p. 511 c 128.

[11]) Boret. Capit. p 215.

[12]) ibid. p. 365 c 21: Ubi mancipia non unius, sed diversae potestatis iuncta fuerint, nisi convenientibus utrisque dominis huius modi copulatio rata non erit. Quicquid vero neglegendo consentitur, et virtute, qua potuerit, non emendetur: nam huius copulae auctor erit, qui hoc neglegendo consentit.

[13]) L. L. II (ed Pertz) p 141 c 54.

Digitized by Google

Unfreien untersagt, daran fest, dass dies nur von mit Zustimmung der Herrn geschlossenen Ehen gelten soll. Auch Karl der Kahle entscheidet endlich im edictum Pistense c 31[14]) bezüglich unfreier Flüchtlinge aus der Normandie, welche sich ausserhalb ihrer Heimath ohne Erlaubnis ihrer Herren verehelicht hatten, dass die von ihnen eingegangenen Ehen, da die Erlaubnis der Herren nicht eingeholt war, ungültig seien. Die angeblichen Ehegatten sollen von ihren Herren beliebig wieder verheirathet werden können. Lässt sich, wie wir gesehen haben, durchaus keine Bestimmung des weltlichen Rechts im eigentlichen Frankenreiche nachweisen, durch welche die Herren in ihrem Verkaufsrecht bezüglich verheiratheter Sklaven gehindert wurden, so darf man auch nicht die Bestimmung, dass Rechtsgeschäfte über Sklaven nur öffentlich und in Gegenwart von Beamten abgeschlossen werden sollen,[15]) mit dem Schutz der Ehen Unfreier in Verbindung bringen. Es waltete hier wohl „bloss die Absicht ob, zu verhüten, dass nicht unrechtmässig ein fremder Knecht oder gar ein Freier einem andern übertragen werde.“[16]) Daneben mochte so auch das Verbot des Verkaufs von Sklaven in die Fremde gesichert werden, das im Capit. Haristall. unmittelbar auf die Verordnung, Sklaven nur öffentlich zu veräussern, folgt.[17]) Nirgends giebt uns aber irgend eine Quellenstelle aus dieser Zeit ein Recht anzunehmen, dass die Herren damals gehindert waren, die aus den Ehen ihrer Unfreien stammenden Kinder von den Eltern durch Verkauf zu trennen. Es ist ganz unmöglich, dergleichen aus der erwähnten Bestimmung des Concils von Chalons abzuleiten, wie es Gfrörer[18]) thut, auf den sich noch heute viele in diesen Fragen berufen. Er hält denn auch den Sklavenhandel schon in dieser Zeit für durch den Einfluss des kirchlichen Eherechts fast abgeschafft, während doch Sklaven noch die ganze Karolingerzeit hindurch einen der hauptsächlichsten Handelsartikel bildeten.[19])

---

[14]) L. L. I (Pertz) p 496.

[15]) S. unten Note 17.

[16]) Waitz V. G. IV 355.

[17]) Cap. Haristall. a 779 c 19 (Bor. p 51): De mancipia, quae vendunt, ut in praesentia episcopi vel comitis sit, aut in praesentia archidiaconi aut centenarii aut in praesentia vicedomni aut iudicis comitis aut ante bene nota testimonia; et foris marca nemo mancipium vendat. Ebenso Pippin Capit. Italicum (Boret. p. 211) c 18.

[18]) II S. 73, 74.

[19]) M. G. L. L. III 480, Jnama-Sternegg 449; auch noch in späterer Zeit viel Sklavenhandel cf. Waitz V. G. V 192.

Digitized by Google

II. Bei Ehen freier mit unfreien Personen haben wir, wie in der Merowingerzeit, zu unterscheiden:

1) Ehen mit fremden,
2) Ehen mit eigenen Unfreien.

ad 1) Was die Ehen freier mit fremden unfreien Personen betrifft, so wurde zu ihrem Abschluss die Genehmigung des Herrn des unfreien Ehegatten ebenso verlangt, wie zum Abschluss einer Ehe zwischen zwei Unfreien die Genehmigung des Herrn beider Nupturienten nötig war. Das tritt besonders auch aus der oben erwähnten Bestimmung des c. 31 des Capit. Pistense hervor. Danach sollen auch die seitens der geflüchteten Unfreien mit freien Personen eingegangenen Verbindungen aufgelöst werden; ja diese Verbindungen haben so wenig Ehecharakter, dass in betreff des Standes der Kinder nicht nach den bei Ehen zwischen Freien und Unfreien geltenden Regeln entschieden werden soll, vielmehr die Kinder einfach dem Stande der Mutter folgen sollen.

Wie diejenigen Verbindungen, die ohne Zustimmung des Herrn des Unfreien geschlossen waren, nicht als Ehen angesehen wurden, so sollten auch solche Ehen ungültig sein, welche eine freie Person mit einer unfreien schloss, ohne von ihrer Unfreiheit zu wissen[20]). In diesem Falle konnte der Freie durch Auflösung der Verbindung der Verknechtung entgehen und durfte sich dann anderweitig verheirathen. Wie nothwendig solche Bestimmungen waren, sehen wir daran, dass sogar der heilige Bonifacius einem seiner Sklaven, der eine Heirath eingehen wollte, ein Empfehlungsschreiben mitgab, nach welchem er ihn von dem Empfänger, dem Presbyter Denhard, wie einen Freien behandelt und derart unterstützt wissen wollte, dass er bei seinem Vorhaben nicht durch seinen unfreien Stand gehindert werde.[21]) In Folge der socialen Hebung der höhern Klassen der Unfreien mochten solche Fälle im achten Jahrhundert öfters vorkommen.

Die sich mehrenden Fälle der Selbstverknechtung und die aufkommende Sitte der Strafverknechtung machten auch schon zu Beginn der Karolingerzeit Entscheidung der Staatsgewalt darüber nöthig, ob der Verlust der Freiheit seitens eines Ehegatten den andern und die gemeinsamen Kinder ihres Standes beraube. Schon

---

[20]) Decret. Compend. a 757 c 7 (p 38), Vermeriense c 6 (p 40), so auch m bairischen Recht dieser Zeit L. L. III p 461 c 10, ferner im Capit. Remedii L. L. V 2 p 183.

[21]) Jaffé Mon. Mogunt. (Bibl. III) p 245 No. 96.

Digitized by Google

früher hatte ein Concilsbeschluss[22]) diese Frage verneint. Das Decret von Vermery[23]) gab dann in solchem Falle der Selbstverknechtung eines Ehegatten dem andern das Recht, die Ehe aufzulösen; nur wenn die Selbstverknechtung mit Zustimmung des freigebliebenen Ehetheils oder aus Noth geschehen war und dieser durch die Selbstverknechtung seines Gatten von Hunger befreit war, sollte die Ehe aufrecht erhalten werden. In diesem Falle und ebenso, wenn von der sonst hier erlaubten Ehescheidung kein Gebrauch gemacht wurde, fielen wohl noch, der ältern Rechtsanschauung entsprechend, der andere Ehegatte und die Kinder in Knechtschaft. Dagegen bestimmte Karl 803,[24]) dass, wer seine Freiheit einem andern verpfände,[25]) dadurch die Freiheit seiner Frau und seiner bis zur Verpfändung geborenen Kinder nicht schädige. Dasselbe bestimmte ein Capitular Hlothars für Italien[26]) nur dass hier noch ausdrücklich hinzugefügt wurde, dass sich das Freibleiben des Ehegatten dessen, der sich selbst seiner Freiheit begeben, nur auf vor der Selbstverknechtung eingegangenen Ehen beziehe. Die Wichtigkeit der erwähnten Bestimmung Karls des Grossen erhellt daraus, dass sie der Lex Salica hinzugefügt,[27]) von Ansegis in seine Sammlung aufgenommen[28]) und von Karl dem Kahlen im Edictum Pistense wiederholt wurde.[29])

Gehen wir nun dazu über, zu untersuchen, inwieweit sonst noch, — wofern nämlich die Unfreiheit des einen Theils schon bei Eheschluss bestand, — der freie Ehegatte dadurch seiner Freiheit verlustig ging, und wie andernfalls die Stellung der Kinder geregelt wurde. Von den detaillirten Bestimmungen des dem Ribuarischen Volksrecht einverleibten Edicts König Dagoberts scheint allgemeine Geltung nur die behauptet zu haben, dass die Ehe mit einem

---

[22]) Concil. incerti loci bald nach Pariser von 614 Mansi X p. 547, Bruns II p. 260 c. 14.

[23]) Decr. Vermer. (Bor. p. 40) c. 6.

[24]) Capit. leg. add. (ed. Bor. p. 114) c. 8.

[25]) Die Strafverknechtung geschah in dieser Zeit i. d. R. durch Verpfändung, indem der insolvente Verbrecher sich für so lange Zeit in die Knechtschaft tradieren musste, bis er seine Schuld abgearbeitet hatte. S. Capit. leg. Rib. addit. a 803 c. 3 L. L. II (ed Bor.) p. 117; Capit. Caroli ap. Anseg. serv. a 810, 811 c. 3 ibid. p. 160; cf. ferner ibid. p. 166 c. 1, p. 51 c. 19, p. 69 c. 21.

[26]) Capit. Olonnense 822—23 p. 317 c. 4.

[27]) Capit. leg Sal. add. a 819 p. 293 c. 6.

[28]) Lib. III c. 29 Boret. p. 429.

[29]) L. L. I ed Pertz p. 496.

[30]) cf. oben.

Digitized by Google

Fiscalinen nicht der Freiheit beraube; eine Bestimmung, die ja auch dem römischen Recht entspricht. Grade letzteres im Auge habend, spricht demnach Karl der Grosse[31]) in Gemässheit der Bestimmungen seiner königlichen und kaiserlichen Vorfahren freien Personen, die mit Fiscalinen Ehen eingegangen, Erbrecht und Zeugnissfähigkeit zu. Im übrigen liess man die Ehe einer freien mit einer fremden unfreien Person durchaus zur Verknechtung der freien führen. Nur konnte eben der Eigenthümer des unfreien Nupturienten wie in der Merowingerzeit auf die Inanspruchnahme des freien Gattenteils und der Kinder verzichten.[32]) Im Kloster St. Germain z. B. war es im neunten Jahrhundert Regel, dass den Freien, welche dem Kloster hörige Personen heiratheten, ihre Freiheit gewahrt wurde, wie es Guérard aus dem von ihm herausgegebenen Polyptychum dieses Klosters nachgewiesen hat.[33]) Auch die Kinder aus solcher Ehe waren frei. Doch irrt Guérard, wenn er den Umstand, dass die Kinder i. d. R. dem besser gestellten Elternteil folgten, auf römisches Recht zurückführt, nach welchem das Kloster derart gelebt hätte, dass seine Unfreien auch die den Unfreien des Fiscus zukommenden Privilegien besessen hätten.[34]) Im ganzen wäre im römischen Recht der Stand der Mutter entscheidend gewesen, nach einem Gesetz der Kaiser Gratian, Valentinian und Theodosius[35]) sollten aber Kinder aus einer Ehe zwischen einem Unfreien des Fiscus und einer Freien dem Freienstande angehören. Guérard meint nun, dass die Unfreien des Klosters wie Fiscalinen betrachtet seien und weist darauf hin, dass in den meisten Fällen der dem Stande nach gemischten Ehen, welche sich im Polypt. Irmin. finden, der Stand der Mutter der bessere ist. Nach G.'s[36]) eigner Zusammenstellung ergeben sich aber aus dem Polypt. auch Fälle von Heirathen Freier mit

---

[31]) Capit. Miss. in Theodonis villa datum c 22 (Boret. p 125).

[32]) Eigenthümlich ist die Bestimmung eines Capitulars, dass, falls der Herr des Unfreien auf die Inanspruchnahme des freien Ehegatten verzichte, sich dies blos auf solche Kinder beziehen soll, welche bei Lebzeiten des Ausstellers der Urkunde geboren werden. Dagegen soll dieser nicht für seinen Rechtsnachfolger auf die Inanspruchnahme später geborener Kinder verzichten können. Diese einem missus gegebene Auskunft (Boret. p 145 c 8) scheint ganz singulär zu sein.

[33]) I p. 392, 416, 969—971.

[34]) I p. 417.

[35]) Cod. Just. c 4 de agricolis (XI 68). Richtiger hätte G. l 3 Cod. Theod. ad. sc. Claud. (IV 11) angeführt.

[36]) I 969.

Digitized by Google

Sklavinnen des Klosters[37]) und blieb hier auch die Freiheit des einen Ehegatten gewahrt. Es ist dies einfach aus humaner Verwaltungspraxis des Klosters zu erklären, die auch die Vermögensinteressen desselben nicht wesentlich schädigte, da die Freien, obgleich ihnen und ihren Kindern ihr Stand gewahrt blieb, doch zu erblichen Abgaben und Frohnden verpflichtet wurden. Das geht schon daraus hervor, dass diese freien Ehegatten der Hörigen des Klosters und ihre Kinder fast immer in dem Polyptychum desselben genannt sind.[38])

Seitens der Verwaltung der übrigen Klöster wurde wohl nach ähnlichen Grundsätzen verfahren. Von manchen wurde allerdings wohl, wie wir es von St. Gallen annehmen können, zwar dem freien Ehegatten eines Hörigen des Klosters seine Freiheit gelassen, die Kinder aus solchen Ehen aber wurden zu gleichen Theilen, doch so, dass bei ungrader Zahl derselben dem Kloster das überschüssige Kind zufiel, geteilt.[39])

2) In Betreff der Geschlechtsverbindungen freier Personen mit ihren eignen Unfreien bieten uns die Quellen dieser Zeit nur Nachrichten über dauernde Verbindungen Freier mit ihren eignen Sklavinnen. Auch in der Karolingerzeit wurden dieselben ebenso wie die formlos, aber auf die Dauer eingegangenen Verbindungen zweier freien Personen als Kebsehen betrachtet; erst durch die Freilassung der Unfreien und die Anwendung der bei echten Ehen üblichen Eheschliessungsform können sie zu solchen werden. Das hauptsächlichste Zeugniss über das Bestehen der Kebsehe in dieser Zeit sind die Annalen Hinkmars von Rheims, welche uns von der Kebsehe König Karl des Kahlen mit der Schwester des Grafen Boso, Richilde, und der spätern Verwandlung dieser Kebsehe in eine Vollehe erzählen.[40]) Ausserdem zeigen uns eine Reihe von Concilienbeschlüssen die Stellung der Kirche gegenüber der Minderehe.

---

[37]) Z. B. II p. 201 c. 12, p. 202 c. 20.

[38]) II p. 17 c. 76: Bertegarius colo nus et uxor eius libera . . . p. 21 c. 1 Maurus servus et uxor eius libera habent secum infantes duos his nominibus . . . p. 70 c. 3, p. 112 c. 80, p. 125 c. 22 und andere Stellen.

[39]) Neugart cod. diplom. Aleman. t. I p. 576 n. 709: Charta Warsindi. Da die Teilung als iuxta legem Alamannorum bezeichnet wird, sich aber im Alamannischen Volksrecht nichts derartiges findet, so können wir wohl den Abschluss von Teilung der Kinder enthaltenden Verträgen als Sitte der in Alemannien gelegenen Klöster ansehen.

[40]) SS. I p. 486 a. 869: Carolus . . . Richildem sibi adduci fecit et in concubinam accepit . . . Et ipse concubinam suam secum ducens, . . . a. 870: Concubinam suam Richildem desponsatam atque dotatam in coniugem accepit.

Digitized by Google

Einige Bestimmungen verordnen nur,[41]) dass eine bestehende Kebsehe aufgelöst werden dürfe, um eine echte Ehe einzugehen; ein für Italien erlassenes aus einer Beratung mit den dortigen Bischöfen hervorgegangenes Capitular[42]) befiehlt die Entfernung von neben echten Gattinnen gehaltenen Kebsweibern. Ganz wie es im Concilium Toletanum[43]) der Fall gewesen, wird aber noch auf der Synode von Tribur im Jahre 895 die Bestimmung getroffen, dass jeder, der nicht in echter Ehe lebe, mit einem Kebsweibe zufrieden sein solle und auch die Verletzung dieser Verbindung mit Excommunication bedroht.[44])

Auch Pseudo-Isidor[45]) erkennt die Kebsehe wenigstens mittelbar an. Zwar wird von ihm zunächst die nach weltlichem Recht übliche Form der Eingehung der echten Ehe zusammen mit priesterlicher Benediktion empfohlen, und jede anders eingegangene Geschlechtsverbindung wie ein stuprum und adulterium der Sacramentskraft besitzenden Ehe entgegengestellt. Doch schränkt er selbst diese letzten Worte derart ein, dass er durch blossen Willen der Contrahenten und diesen unterstützende Gelübde eine kirchenrechtlich gültige Ehe (legitimum matrimonium) geschlossen sein lässt. Dann war also doch eine ohne die nach weltlichem Recht zur echten Ehe erforderlichen Formen geschlossene Verbindung zugelassen, sobald nur ein auf Monogamität und lebenslängliches Zusammenbleiben gerichteter Wille beider Nupturienten vorlag.

So giebt uns also schon Pseudo-Isidor an dieser Stelle[46]) die Anfänge der spätern Entwicklung des kirchlichen Eheschliessungs-

---

[41]) Conc. Mogunt. a. 851 c. 12 (Pertz p. 414), Eugenii II conc. Romanum a. 826 (Boret. p. 376) c 37.

[42]) Capitula cum Italiae episcop. delib. a. 790 (Boret. 202 c. 5).

[43]) Siehe oben S. 6, N. 19.

[44]) Syn. Tribur. (Mansi XVIII p. 151) c. 36 cf. auch Conc. Mogunt. a 851 (Pertz I 415) c. 15.

[45]) ed. Hinschius 1863 p. 87, 88 (Pseudo Euar. c 2): Aliter enim legitimum non fit coniugium, nisi ab his, qui super ipsam feminam dominationem habere videntur, petita enim nisi a parentibus . . sponsetur et . . dotetur, et suo tempore . . a sacerdote benedicatur et a paranymphis custodita . . detur . . . . . Ita peracta legitima scitote esse coniugia: aliter vero praesumpta non coniugia, sed aut adulteria aut contubernia aut stupra vel fornicationes potius quam legitima coniugia esse non dubitate, nisi voluntas propria subfragerit (suffragaverit) et vota succurerint legitima.

[46]) Cf. Scherer S. 44, der durch Sohm Ztschr. f. Krchr. XVII (1882) S. 173 nicht widerlegt ist; insbes. können doch die am Anfang unserer Stelle beschriebnen und geforderten Eheformalien nicht als die später erwähnten vota legitima bezeichnet werden.

Digitized by Google

rechts, nach der schon der ausgesprochne Eheschliessungswille der Nupturienten ehebegründende Kraft hatte. Demnach war also die Kebsehe, wofern nur Monogamität und Wille lebenslänglichen Zusammenbleibens, sowie kein specielles Ehehinderniss vorlag, kirchenrechtlich ein echte Ehe. So konnte sich aus ihr das sogenannte matrimonium ad morganaticam der libri feudorum bilden. Die Entwicklung dieses Instituts sowie die Hinübernahme desselben in das deutsche Recht gehören nicht mehr der von uns betrachteten Periode an. Die longobardische Ehe ad morganaticam wäre aber schwerlich im deutschen Recht zu so allgemeiner Geltung gekommen, wenn nicht die ihr zu Grunde liegende Einrichtung der Kebsehe in demselben schon lange[47]) bestanden hätte.

III. Wir haben noch die Frage zu erörtern, welchem Stande in dieser Zeit die Kinder zugetheilt wurden, wenn die Eltern verschiednen Klassen der Unfreien angehörten. Waren sie im Eigenthum desselben Herrn, so mochte wohl das meiste von seinem Willen abhängen, bis sich ein festes Hofrecht gebildet hatte. Über den Fall, dass die verschiednen Klassen der Unfreien angehörenden Eltern auch verschiedne Eigenthümer hatten, wurde von einem missus zwischen 801 und 814 ein Urtheil des kaiserlichen Hofgerichts nachgesucht. Dasselbe entschied, dass die Standeszugehörigkeit der Kinder aus solchen Ehen nach denselben Grundsätzen bestimmt werden sollte, welche für die Zugehörigkeit der Kinder bei Ehen gleichstehender Unfreier massgebend seien.[48]) Jedoch kann dies Erkenntniss, abgesehen davon, dass es schwerlich allgemein geltendes Recht enthält oder selbst zu allgemeiner Geltung gelangt ist, uns schon deshalb wenig nützen, weil uns grade auch das Verfahren im fränkischen Recht in dem zur Entscheidung verwandten Parallelfall unbekannt ist.[49]) Im allgemeinen können wir aber daraus, dass wie in der lex Ribuaria[50]) so auch noch in der der karolingischen Zeit folgenden Periode[51]) bei Ehen von Unfreien untereinander der Satz von der ärgern Hand gilt, seine Geltung auch für die Karolingerzeit schliessen, wobei aber lokale Abweichungen zuzugeben sind.

---

[47]) Beispiele der Kebsehe aus dem spätern Mittelalter z. T. noch vor Reception der libri feudorum führt Niebelschütz, de matrimonio ad morganaticam Dissert. Halens. 1851 an.

[48]) Boret. p. 145 c. 1.

[49]) Im langobardischen Recht gehörten die Kinder von Unfreien verschiedener Herren dem des Vaters. Roth. 218 Cf. Lex Visig X 1 c 17.

[50]) Siehe oben.

[51]) Grimm R. A. 325, cf. Heusler Inst. I 189.

Digitized by Google

Verzeichniss der abgekürzt citirten Werke.

Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte Leipzig 1887.

Bruns, Canones apostolorum et conciliorum saeculorum IV V VI VII Berolini 1839.

Codices Gregorianus, Hermogenianus, Theodosianus ed. Haenel Bonnae 1842.

Gfrörer, zur Geschichte deutscher Volksrechte im Mittelalter Schaffhausen 1865.

Grimm, Jacob, Deutsche Rechtsalterthümer 3. Aufl. Göttingen 1881.

Guérard, Polyptyque de l'abbé Irminon, Paris 1844.

Hessels-Kern, Lex Salica. London 1880.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. Leipzig 1885.

Jaffé, Bibliotheca rerum Germanicarum. Berlin 1864—73 t. I—VI.

Jaffé, Regesta pontificum Romanorum. Editio II curantibus Loewenfeld. Kaltenbrunner, Ewald. Lipsiae 1886.

Inama-Sternegg, Deutsche Wirthschaftsgeschichte Leipzig 1879.

Lex Salica herausgeg. von Behrend nebst den Capitularien zur Lex Salica. bearb. von Boretius Berlin 1874.

Loening, Geschichte des deutschen Kirchenrechts 2 Bde. Strassburg 1878.

Mansi, Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio Florentiae 1759.

Oelsner, Jahrbücher des fränkischen Reichs unter König Pippin, Leipzig 1871.

Pardessus, Diplomata Paris 1843.

Pertz, Monumenta Germaniae Hannoverae 1826 ff.

Rozière, Recueil général des formules Paris 1859.

Scherer, Über das Eherecht bei Benedict Levita und Pseudo-Isidor Graz 1879.

Schroeder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte Leipzig 1887.

Schulte, Lehrbuch der deutschen Reichs- und Rechtsgeschichte 4 Auflage, Stuttgart 1876.

Sohm, Fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung Weimar 1871.

Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte 3 Aufl. Berlin 1880.

Wasserschleben, Die Bussordnungen der abendländischen Kirche Halle 1851.

Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Von Bd. XIV an gen. Zeitschrift der Savigny-Stiftung Weimar 1861 ff.

Zöpfl, Deutsche Rechtsgeschichte 4. Aufl. Braunschweig 1871.

Zöpfl, Alterthümer des deutschen Reichs und Rechts Leipzig u. Heidelb. 1860.

F. GRUHN, WARMBRUNN.

Digitized by Google

Digitized by Google

[illegible] should be returned on
[illegible] stamped below
109-5-43

Digitized by Google